

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

تأليف

الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد
ابن رشد القرطبي الأندلسي
المتوفى سنة ٥٩٥ هـ.

تحقيق وتعليق ودراسة

الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الخامس

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠

صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

الْبَابُ الرَّابِعُ :
فِي بيوعِ الشُّرُوطِ وَالثُّنيا

[أَصْلُ اختلاف النَّاسِ في هذا البابَ]

وهذه البيوع الفاسدة الذي يكون فيها هُوَ رَاجِعٌ إلى الفساد الذي يكون من قبل الْغَرَرِ ، ولكن لَمَّا تضمَّنَها النَّصُّ ، وجب أن تُجْعَلَ قسماً من أقسام الْبُيُوعِ الفاسدة على حِدَةٍ .

والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث :

أحدها : حديث جابر قال : « **ابْتَاعَ مِنِّي رَسُولُ الله ﷺ بَعيراً ، وَشَرَطَ لِي ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَة** » (٩٨٨) ، ، وهذا الحديث في الصحيح .

والحديث الثاني : حديث بَرِيرَةَ : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَالَ : كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله فَهُوَ بَاطِلٌ ، ولَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ** » (٩٨٩) ، ، والحديثُ متفق على صحته .

---

(٩٨٨) أخرجه البخارى (٥/ ٣١٤) كتاب الشروط : باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة ، حديث (٢٧١٨) ، ومسلم (٣/ ١٢٢١) كتاب المساقاة : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، حديث (١٠٩/ ٧١٥) عن جابر ؛ أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال : ولحقنى النبى ﷺ فدعا لى وضربه ، فسار سيراً لم يسر مثله فقال : « بعنيه » فقلت : لا ثم قال : « بعنيه » فبعته وشرطت ظهره إلى المدينة .

(٩٨٩) أخرجه مالك (٢/ ٧٨٠) كتاب العتق والولاء : باب مصير الولاء لمن أعتق ، حديث (١٧)، والبخارى (٤/ ٣٧٦) كتاب البيوع : باب إذا اشترط شروطاً فى البيع لا تحل ، حديث (٢١٦٨)، ومسلم (٢/ ١١٤٢ - ١١٤٣) كتاب العتق : باب إنما الولاء لمن أعتق ، حديث (٨/ ١٥٠٤)، وأبو داود (٤/ ٢٤٥ - ٢٤٦) كتاب العتق : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، حديث (٣٩٢٩)، والترمذى (٤/ ٤٣٦) كتاب الوصايا : باب فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، حديث (٢١٢٤) ، والنسائى (٦/ ١٦٤) كتاب الطلاق : باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق : باب المكاتب ، حديث (٢٥٢١) وأحمد (٦/ ٨١ - ٨٢ ، ١٨٣ ، ٢٠٦ ، ٢١٣ ، ٢٨١ - ٢٨٢) ، وعبد الرزاق (١٦١٦١ ، ١٦١٦٤) ، وأبو يعلى (٧/ ٤١١) رقم (٤٤٣٥) ، وابن حبان (٤٢٥٨ - الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٤٣ ، ٤٥)، وابن الجارود (٩٨١) ، والدارقطنى (٣/ ٢٢) كتاب البيوع ، والبيهقى (٥/ ٣٣٦) ، والخطيب فى «تاريخ بغداد» (٣/ ٣٢) من طرق عن عروة عن عائشة زوج النبى ﷺ أنها قالت : جاءت بريرة فقالت : إنى كاتبت أهلى على تسع أواق ، فى كل عام أوقية ، فأعينينى . فقالت عائشة : إن أحب أهلك أن أعدها لهم عنك ، عددتها ويكون لى ولاؤك ، فعلت ، فذهب بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ذلك، فأبوا عليها ، فجاءت من عند أهلها =

والثالث : حديث جابر - قال : « **نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ ، وَالْمُزَابَنَةِ ، وَالْمُخَابَرَةِ ، وَالْمُعَاوَمَةِ ، وَالثُّنْيَا ، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا** »(١) ، وهو أيضاً في الصحيح ، خرجه مسلم .

ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة ؛ أنه روي أن رسول الله ﷺ « **نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ** »(٢) .

[اخْتِلافُ الْعُلَمَاءِ فِي بَيْعٍ وَشَرْطٍ]

فـ ختلف العلماءُ لتعارضِ هذه الأحاديث في بيع ، وشرطٍ فقال قوم : البيعُ فَاسِدٌ والشرطُ جائز وممن قال بهذا القول الشافعي ، وأبو حنيفة.

وقال قوم : البيعُ جَائِزٌ والشرط جائز ؛ وممن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة .

وقال قوم : البيع جائز ، والشرط باطل ؛ وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى .

وقال أحمد : البيع جَائزٌ مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نَهْيِهِ عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا (٣) ، ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ،، ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد ، احتج بحديث عمرو ابن العاص خرجه أبو داود - قال:

= ورسول الله ﷺ جالس فقالت لعائشة : إنى قد عرضت عليهم ذلك فأبوا على ، إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسألها فأخبرته عائشة . فقال رسول الله ﷺ : « خذيها واشترطى لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق » . ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله ﷺ فى الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : « (أما بعد) فما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط . قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق . وإنما الولاء لمن أعتق » .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وللحديث شاهد من حديث ابن عباس :

أخرجه الطبرانى فى « المعجم الكبير » (١١/١١) رقم (١٠٨٦٩) من طريق عمرو بن يحيى بن غفرة : ثنا حماد بن زيد ، عن عمرو بن دينار ، عن طاوس ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٢٠٨/٤) وقال : رواه الطبرانى فى « الكبير » ، وفيه عمرو بن يحيى بن غفرة ، ولم أجد من ترجمه ، وبقية رجاله ثقات .

(١) تقدم . (٢) تقدم . (٣) تقدم .

« قَالَ رَسُولُ الله ﷺ : لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، وَلا يَجُوزُ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلا رِبْحُ مَا لَمْ يضمن ، وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ » [١] .

[ثَلاثَةُ أَقْسَامٍ مِنَ الشُّرُوطِ عند مالك]

وأما مالك : فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معاً ، وشروط تجوز هي والبيع معاً ، وشروط تبطل ويثبت البيع ، وقد يظن أن عنده قِسْماً رابعاً ، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بَطَلَ [٢] البيعُ ، وإن تركه جَازَ البيعُ ، وإعطاءُ فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير [٣] ، وقد رام ذلك كثيرٌ من الفقهاء ، وإنما هي راجعةٌ إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صِنْفَي الفساد الذي يُخِلُّ بصحة البيوع ، وهما الرِّبَا ، والغرر ، وإلى قِلَّتِه ، وإلى التوسُّطِ بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نَقْصاً في الملك ، فما كان دخولُ هذه الأشياء [٤] فيه كثيراً من قِبَلِ الشرط أبطله ، وأبطل الشرط ، وما كان قليلاً أجازه ، وأجاز الشرطَ فيها ، وما كان متوسطاً أَبْطَلَ الشرط ، وأجاز البيعَ ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ؛ إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كُلُّهَا ، والجمع عندهم أَحْسَنُ من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدي ، والمازري ، والباجي .

[الشَّرْطُ في المبيعِ يقع على ضَرْبَيْنِ أَوَّلَيْنِ]

وتفصيله في ذلك أن قال : إن الشرطَ في المبيع يقع على ضربين أولَيْنِ :

[الاشتراطُ بعدَ انقضاء الْمِلْك]

أحدهما : أن يشترطَهُ بعد انقضاء الملك مثل من [٥] يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له وَلاؤُهُ دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه الْعَقْدُ ، ويبطل الشرط ؛ لحديث بريرة .

[شَرْطٌ يقَعُ في مُدَّةِ الْمِلْكِ]

والقسم الثاني : أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك [٦] ؛ وهذا قالوا : ينقسم

---

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : بعد . (٣) فى الأصل : عسر .
(٤) فى الأصل : دخول هذه الأشياء أو كان دخول الغرر .
(٥) فى الأصل : أن . (٦) فى ط : يد المالك .

إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط في المبيع مَنْفَعَةً لنفسه ، وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرُّفٍ عَامٍّ أو خاصٍّ ، وإما أن يشترطَ إيقاعَ معنى في المبيع .

[شُرُوطٌ مِنْ مَعَانِي الْبِرِّ]

وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون مَعْنى من معاني البر .

والثاني : أن يكون معنى ليس فيه من البر شَيْءٌ ، فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل الْمَبِيعِ ، مثل : أن يبيع الدار ويشترط سُكْنَاهَا مدة يسيرة قيل : الشهر ، وقيل : السنة - فذلك جائز على حديث جابر ، وإما أن يشترط مَنْعاً من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز ؛ لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها ، أو لا يبيعها ، وإما أن لا يشترطَ معنى من معاني البر مثل : العتق ، فإن كان اشترط تعجيلَهُ ، جاز عنده ، وإن تأخر ، لم يجز ؛ لعظم الغَرَرِ فيه . وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجَّلِ قال الشافعي ، على أن من قوله منع بيعٍ وشرطٍ ، وحديث جابر عنده مضطربُ اللفظ ؛ لأن في بعض رواياته ؛ أنه باعه واشترط ظَهْرَهُ إلى المدينة ، وفي بعضها أنه أعاره ظَهْرَهُ إلى المدينة (٩٩٠)، ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير ، فأجازه في المدة القليلة ، ولم يجزه في الكثيرة .

---

(٩٩٠) أما رواية : « واشترط ظهره إلى المدينة » فتقدمت ، وأما رواية : « أنه أعاره ظهره » فرواها النسائى (٧/ ٢٩٩) كتاب البيوع : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من طريق سفيان بن عيينة ، عن أبى الزبير ، عن جابر قال : أدركنى رسول الله ﷺ وكنت على ناضح لنا سوء فقلت : لا يزال لنا ناضح سوء ، يالهفاه ، فقال النبى ﷺ : « تبيعنيه يا جابر » ؟ قلت : بل هو لك يا رسول الله . قال : « اللهم اغفر له ، اللهم ارحمه ، قد أخذته بكذا وكذا ، وقد أعرتك ظهره إلى المدينة » الحديث . وقد أشار البخارى فى صحيحه إلى الاضطراب الواقع فى متن هذا الحديث ، فأخرجه (٥/ ٣١٤) كتاب الشروط : باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى حاز ، الحديث (٢٧١٨) ، من طريق زكريا عن الشعبى ، عن جابر بالحديث ، وفيه : « فاستثنيت حملانه إلى أهلى» الحديث . ثم قال : وقال شعبة : عن مغيرة ، عن عامر - يعنى الشعبى - عن جابر : «أفقرنى رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة » . وقال إسحاق : عن جرير عن مغيرة : « فبعته على أن لى فقار ظهره حتى أبلغ المدينة » . وقال عطاء وغيره : « وله ظهره إلى المدينة » . وقال محمد بن المنكدر عن جابر : « شرط ظهره إلى المدينة » .

وقال زيد بن أسلم عن جابر : « ولك ظهره حتى ترجع » . وقال أبو الزبير عن جابر : «أفقرناك ظهره إلى المدينة » ، وقال الأعمش عن سالم عن جابر : « تبلغ به أهلك » . قال البخارى : الاشتراط أكثر وأصح عندى .

وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك .

[شُرُوطٌ لَيْسَتْ بِبِر]

وأما إن اشترط معنى في المبيع ليس ببر ، مثل ألا يبيعها ، فذلك لا يجوز عند مالك، وقيل عنه : البيعُ مفسوخٌ .

وقيل : بل يبطل الشرط فقط ،، وأما من قال له الْبَائِعُ : متى جئتُكَ بالثمن رَدَدْتَ عليَّ المبيعَ ، فإنه لا يجوز [١] عند مالك ؛ لأنه يكون متردداً بين البيع والسَّلَف ، إن جاء بالثمن كان سَلَفاً ، وإن لم يجيء كان بَيْعاً ،، واختلف في : المذهب هل يجوز ذلك في الإِقَالَةِ أم لا ؟ فمن رأى أن الإقالة بيع ، فَسَخَهَا عنده ما يفسَخُ سائر البيوع ، ومن رأى أنها فسخ ، فرق بينها وبين البيوع .

[مَنْ بَاعَ شيئاً بشرطِ ألا يبيعَهُ حتى يَنْتَصِفَ من الثَّمَنِ]

واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك : يجوز ذلك ؛ لأن حكمَهُ حُكْمُ الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره .

وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ؛ لأنه شرطٌ يمنع المبتاع التصرفَ في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراطُ المنفعة فيها ، فوجب أن يمنع صحة البيع ؛ ولذلك قال ابن المواز : إنه جائز في الأَمَدِ الْقَصِيرِ .

[النَّهْيُ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ]

ومن المسموع في هذا الباب : نهيه ﷺ عن بَيْعٍ وَسَلَفٍ [٢] ، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة ،، واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : فمنعه أبو حنيفة والشافعي ، وسائر العلماء ، وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد رُوِيَ عن مالك مثلُ قول الجمهور .

[حُجَّةُ الجمهورِ في هذا الموضوع]

وحجة الجمهور : أن النهي يتضمن فَسَادَ المنهيِّ عنه ، مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولاً ؛ [لاقتران السلف به] [٣] ،، وقد روي أن محمد بن أحمد بن سهل

---

(١) فى الأصل : يكون . (٢) تقدم . (٣) فى الأصل : لاشتراط الثمن به .

الْبَرْمَكِيَّ سأل عن هذه المسألةِ إسماعيل بن إسحاق المالكي ، فقال له : ما الفرق بين السَّلَف والْبَيْعِ ، وبين رجل باع غُلاماً بمائة دينار ، وَزِقَّ خَمْرٍ ، فلما عقد البيع قال : أنا أَدَعُ الزِّقَّ ، قال : وهذا البيع مفسوخٌ عند العلماء بإجماع ؟ ، فأجاب إسماعيل عن هذا بِجَوَاب لا تقوم به حُجَّةٌ ، وهو أن [قال له] : لا فرق بينهما أن مشترطَ السلف] [١] هو مخَيَّرٌ في تركه ، أو عدم تركه ، وليس كذلك مسألة زِقِّ الخمر ،، وهذا الجواب هو نفسُ الشيء الذي طولب فيه بالفرق ؛ وذلك أنه يقال له : لم كان هناك مخيَّراً ، ولم يكن هنالك مخيراً في أن يترك الزق ، ويَصِحَّ البيع .

والأشبه أن يقال : إن التحريم ههنا لم يكن لشيء مُحَرَّم بعينه ، وهو السلف ؛ لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران ، أعني : اقترانَ البيعِ به ، وكذلك البيع في نَفْسِهِ جائز ، وإنما امتنع من قِبَلِ اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيعُ من أجل اقترانِ شيءٍ محرم لعينه به ، لا أنه شيء محرَّمٌ [٢] من قِبَلِ الشرط .

ونكتةُ المسألة : هل إذا لَحِقَ الفسادُ بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفسادُ إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع ، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرَّمِ الْعَيْنِ به ؟

[الْفَسَادُ في هذه المسألة حُكْمِيٌّ ، أو معقولٌ ؟]

وهذا أيضاً ينبي على أصل آخر ، هو : هلْ هذا الفساد حكمي ، أو معقول ؟ فإن قلنا : حكمي ، لم يرتفع بارتفاعِ الشَّرْطِ ،، وإن قلنا : معقولٌ ، ارتفع بارتفاعِ الشَّرْطِ ، فمالك رآه مَعْقُولاً ، والجمهور رأوه غَيْرَ معقول ، والفساد الذي يوجد في بُيُوعِ الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً ، وإن ترك الربا بعد البيع ، أو ارتفع الغرر ،، واختلفوا في حكمه إذا وقع ، على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة .

[بَيْعُ الْعُرْبَانِ صورته ، واختلاف العلماء في منعه]

ومن هذا الباب : بيع العربان ، فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ، وَحُكِيَ عن قوم من التابعين أنهم أجازوه ، منهم : مجاهد ، وابن سيرين ، ونافع بن الحارث ، وزيد ابن أسلم ، وصورته : أن يَشْتَرِيَ الرجلُ شيئاً ، فيدفع إلى المبتاعِ من ثَمَنِ ذلك المبيعِ [٣] شيئاً على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوعُ من ثمن السِّلْعَةِ ، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ، ولم يُطَالِبْهُ به ،، وإنما صار الجمهور إلى

(١) في الأصل : قال لا فرق بينهما أن من شرط السلف .

(٢) في الأصل : شئ محرم لعينه .   (٣) في الأصل : الشئ .

منعه ؛ لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عِوَضٍ ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله ﷺ ،َ، وقال أهل الحديث : ذلك غيرُ معروفٍ عن رسول الله ﷺ .

[مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ فِي الاستثناءِ من الْبَيْعِ]

وفي الاستثناء [١] مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها ، أعني : هل تدخل تحت النهي عن الثنيا [٢] ، أم ليس تدخل ؟

[بَيْعُ الحامِلِ ، واستثناءُ ما في بَطْنِهَا]

فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ، ويستثنى ما في بطنها : فجمهور فقهاء الأمصار : مالك، وأبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري على أنه لا يجوز ،، وقال أحمد ، وأبو ثور، وداود : ذلك جائز ؛ وهو مروي عن ابن عمر .

[سَبَبُ اختلافِ العلماءِ فِي هذا الموضوع]

وسبب الخلاف : هل المستثنى مبيع مع ما استثني [٣] منه ، أم ليس بِمَبِيعٍ ، وإنما هو بَاقٍ على مِلْكِ البائع ؟ فمن قال: مبيع قال : لا يجوز ، وهو من الثني المنهيِّ عنها ؛ لما فيها من الجَهلِ بصفته ، و[قلة الثقة] بسلامة خروجه . ومن قال : هو بَاقٍ على ملك البائع ، أجاز ذلك .

[مذهَبُ مالك فيمن بَاعَ حيواناً ، وَاسْتَثْنَى بعضه]

وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيواناً ، واستثنى بعضه : أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون شائعاً ، أو معيناً ، أو مقدراً ، فإن كان شائعاً فلا خلاف في جَوَازِهِ مِثْلَ: أن يبيع عَبْداً إلا رُبُعَهُ ، وأما إن كان مُعَيَّناً فلا يخلو أن يكون مَغِيباً مثل : الجنين ، أو يكون غير مَغِيبٍ ، فإن كان مغيباً فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب ؛ كالرأس ، واليد ، والرِّجْلِ ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه ، أو لا يكون ، فإن كان مما لا يُسْتباحُ ذَبْحُهُ فإنه لا يجوز أن يبيع أَحَدٌ غلاماً ، وَيَسْتَثْنِيَ رِجْلَهُ ؛ لأن حقه غير متميز ، ولا متبعض ، وذلك مما لا خلاف فيه ، وإن كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عُضْوًا له قيمةٌ بشرط الذبح ، ففي المذهب فيه قولان :

أحدهما : أنه لا يجوز ، وهو المشهور .

والثاني : أنه يجوز ، وهو قول ابن حبيب ، جوز بَيْعَ الشاة مع استثناء القوائم ، والرأس ، وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة ،فلا خلاف في جَوَازِهِ في المذهب ،، ووجه قول

---

(١) فى الأصل : الباب . (٢) فى الأصل : الشئ . (٣) فى الأصل : المستثنى.

مالك أنه إن كان استثناؤُهُ بِجِلْدِهِ ، فما تحت الجلد مَغيبٌ ، وإن كان لم يستثنه ، بجلده فإنه لا يدري بأي صفة يخرج له بعد كَشْطِ الجلدِ عنه .

ووجه قول ابن حبيب : أنه استثنى عُضْواً معيناً معلوماً ، فلم يضره ما عليه من الجلد. أصله شراءُ الْحَبِّ في سُنْبُلِهِ ، وَالْجَوْزِ في قِشْرِهِ ،، وأما إذا كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح ؛ إما عرفاً ، وإما ملفوظاً به جزءاً مقدراً مثل أَرْطَالٍ من جَزُورٍ ، فعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : المنع ، وهي رواية ابن وهب .

والثانية : الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط ، وهي رواية ابن القاسم .

[بَيْعُ ثَمَرِ الْحَائِط ، واستثناءُ نَخْلات مُعَيَنَة ، أو غير معيَّنة]

وأجمعوا من هذا الباب على : جواز بيع الرجل ثَمر حائطه ، واستثناء نخَلات معينات منه ؛ قياساً على جواز شِرَائِهَا ،، واتفقوا على أنه لا يجوز أن يَسْتَثْنِيَ من حَائطٍ له عِدَّةَ نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع ؛ لأنه بَيْعُ ما لم يره المتبايعان .

[بيعُ الحائطِ ، واستثناء نَخْلات بعد البيع ، ونحوه]

واختلفوا في : الرجل الذي يبيع الحائط ، ويستثني منه عِدَّةَ نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور ؛ لمكان اختلافِ صفة النخيل ،، وَرُوِي عن مالك إجازته ، ومنع ابن القاسم قوله في النخلات ، وأجازه في استثناءِ الْغَنَمِ ،، وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراءِ نَخْلاتٍ مَعْدُودَةٍ من حائطه على أن يعينها بعد شراء المشتري ، فأجازه مالك ، ومنعه ابن القاسم .

[استثناءُ البائعِ مَكِيلَةً من حَائطٍ]

وكذلك اختلفوا : إذا استثنى البائع مكيلةً من حائط .

قال أبو عمر بن عبد البر : فمنع ذلك فقهاءُ الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهبهم ؛ لنهيه ﷺ عن الثنيا في البيع (١) ؛ لأنه استثناءُ مكيلٍ من جُزَافٍ ، وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ، ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهي على الثنيا على ما فوق الثلث، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصُّبْرَةِ التي لا يُعلَمُ مبلغُ كيلها فتباع جُزَافاً ، ويستثنى منها كَيْلٌ ما . وهذا الأصل أيضاً مختلف فيه ، أعني : إذا استثنى منها (٢) كيلٌ معلوم .

---

(١) تقدم .

(٢) في الأصل : منه .

[البيعُ والإجارةُ في عَقْد وَاحد]

واختلف العلماء من هذا الباب في : بيع وإجارة معاً في عقد واحد ، فأجازه مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون ، ولا الشافعي ؛ لأن الثمنَ يرون أنه يكون حينئذ مجهولاً .

ومالك يقول : إذا كانت الإجارةُ معلومةً لم يكن الثمنُ مجهولاً ، وربما رآه الذين منعوه من باب بَيْعَتَيْنِ ، وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف ، أو البيع - كما قلنا .

[الْقَوْلُ في إجَارَة السَّلَف وَالشَّركَة]

واختلف قولُ مالك في إجازة السلَف[1] **والشركَة** : فمرة أَجاز ذلك ، ومرة منعه . وهذه كلها اختلف العلماء فيها ؛ لاختلافها بالأقل والأكثر في وجود عِلَلِ المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده عِلَّةُ المنع في مسألة منها مَنَعَهَا ، ومن لم تَقْوَ عنده أجازها ؛ وذلك راجع إلى ذوق المجتهد ؛ لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضِّدَّيْنِ على السواء عند النظر فيها ، ولعل في أمثالِ هذه المواد يكون القولُ بتصويب كل مجتهد صواباً ،، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخمين ،، وبالله التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) فى الأصل : البيع .

الْبَابُ الْخَامِسُ :
فِي الْبُيُوعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهَا مَنْ أَجْلِ الضَّرَرِ أَوِ الْغَبْنِ

والمسموع من هذا الباب : ما ثبت من نهيه ﷺ عن أن يبيعَ الرجل على بَيْعِ أخيه ، وعن أن يَسُومَ أحد على سَوْمِ أخيه ، ونهيِهِ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ ، ونهيِهِ عن أن يبيع حَاضِرٌ لِبَادٍ ، ونهيه عن النَّجْشِ (٩٩١) .

[البيْعُ على بَيْعِ الأَخِ ، والسَّوْمُ على سَوْمِهِ في رأي مالك ، وأبي حنيفة]

وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافاً ليس بمتباعد :

فقال مالك : معنى قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ** »، ومعنى نهيه عن أن يَسُومَ أحد على سَوْمِ أخيه واحد ، وهي في الحالة التي إذا رَكَنَ البَائع فيها إلى السَّائِمِ ، ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل : اختيار الذهب ، أو اشتراط العيوب ، أو البراءة منها ، وبمثل تفسير مالك فَسَّرَ أبو حنيفة هذا الحديث .

---

(٩٩١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٥٣) كتاب البيوع : باب لا يبيع على بيع أخيه ، الحديث (٢١٤٠)، وفى (٤/ ٣٦١) باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ، الحديث (٢١٥٠) ، ومسلم (٣/ ١١٥٥) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، الحديث (١٢/ ١٥١٥) والنسائى (٧/ ٢٥٨) كتاب البيوع : باب سوم الرجل على سوم أخيه ، والترمذى (٣/ ٤٩٥) كتاب الطلاق : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها (١١٩٠) مختصراً ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٤) كتاب التجارات : باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سومه ، حديث (٢١٧٢) ، وأحمد (٢/ ٢٧٤ ، ٤٨٧) ، وعبد الرزاق (٨/ ١٩٨ - ١٩٩) ، والحميدى (٢/ ٤٤٥) رقم (١٠٢٦) ، وابن الجارود (٥٦٣)، والطبرانى فى « المعجم الصغير » (١/ ١٦٧ - ١٦٨) ، والبيهقى (٥/ ٣٤٤) ، والبغوى فى «شرح السنة » (٤/ ٢٩١ - بتحقيقنا) من طريق الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة به .

وقد اقتصر بعضهم على ذكر فقرات من الحديث .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وأخرجه البخارى (٥/ ٣٨٢) كتاب الشروط : باب الشروط فى الطلاق ، حديث (٢٧٢٧) ، ومسلم (٣/ ١١٥٥) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، حديث (١٢/ ١٥١٥) ، والنسائى (٧/ ٢٥٥) كتاب البيوع : باب بيع المهاجر للأعرابى ، حديث (٤٤٩١) من طريق شعبة عن عدى بن ثابت عن أبى حازم عن أبى هريرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن التلقى ، وأن يبيع مهاجر للأعرابى، وعن التصرية والنجش ، وأن يستام الرجل على سوم أخيه ، وأن تسأل المرأة طلاق أختها .

وقال الثوري معنى « لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ » ألا يطرأ رجلٌ آخر على المتبايِعَيْنِ، فيقول : عندي خير من هذه السلعة ، ولم يحد وقت رُكُونٍ ، ولا غيره .

[قولُ الشَّافعيِّ في ذلك]

وقال الشافعي : معنى ذلك إذا تَمَّ البيعُ باللسان ، ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خَيْرٌ منها ، وهذا بناء على مذهبه في أن البيع إنما يلزم بالافتراق ، فهو ومالك متفقان على أن النهي إنما يتناول (١) حالةَ قربِ لزوم البيع ، ومختلفان (٢) في هذه الحالة ما هي ؛ لاختلافها فيما به يكون اللزومُ في البيع ، على ما سنذكره بعد إن شاء الله .

[حُكْمُ هَذَا الْبَيْعِ]

وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يُكْرَهُ ، وإن وقع مضى ؛ لأنه سَوْمٌ على بَيْعٍ لم يتم.

وقال داود ، وأصحابه : إن وقع فسخ في أي حالة وَقَعَ ؛ تمسكاً بالعموم ، ورُوِيَ عن مالك ، وعن بعض أصحابه فَسْخُهُ ما لم يَفُتْ، ، وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك في النكاح ، وقد تقدم ذلك .

[دُخُولُ الذِّمِّيِّ في النَّهْيِ عن البيع على البيع]

واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سَوْمِ أَحَدٍ على سَوْمِ غيره : فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي ، وغيره .

وقال الأوزاعيُّ : لا بأس بالسومِ على سوم الذمي ؛ لأنه ليس بأخ المسلم ، وقد قال ﷺ : « لا يَسُمْ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخيه » (٣) .

[الْقَوْلُ في بَيْعِ الْمُزَايَدَةِ]

ومن ههنا منع قومٌ بَيْعَ المزايَدَةِ ، وإنَ كان الجمهور علَى جوازه .

وسبب الخلاف بينهم : هل يحمل هذا النهي على الكراهة ، أو على الحظر ؟ ثم إذا حمل على الحظر ، فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو في حالة دون حالة؟

[مفهومُ النَّهْيِ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ للبيع ، ورأي مالك في ذلك]

فصل : وأما نهيه عن تلقي الركبان للبيع ، فاختلفوا في مفهوم النهي على ما هو .

فرأي مالك : أن المقصود بذلك أَهلُ الأسواق ؛ لئلا يَنْفَرِدَ المتلقِّي برخص السِّلْعَةِ دون أهل الأسواق ، ورأي أنه لا يجوز أن يَشْتَرِيَ أحدٌ سلعةً حتى تدخل السوق ، ، هذا إذا كان

---

(١) في الأصل : يتناوله .   (٢) في الأصل : ويختلف .   (٣) تقدم .

التلقي قريباً ، فإن كان بعيداً فلا بأس به ، وَحَدُّ القرب في المذهب بنحو من ستَّة أميال، ورأى أنه إذا وَقَعَ جَازَ ، ولكن يُشْرِكَ المشتري أهلَ الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها .

[قولُ الشافعي في ذلك]

وأما الشافعي فقال : إن المقصود بالنهي إنما هو لأجل البائع يَغْبِنُهُ المتلقي ؛ لأن البائعَ يَجْهَلُ سِعْرَ البلد . وكان يقول : إذا وقع فَرَبُّ السلعةِ بالخيار إن شاء أَنْفَذَ البيع ، أو رَدَّهُ. ومذهب الشافعي هو نَصٌّ في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ ؛ أنه قال - عليه الصلاة والسلام - :

« لا تَتَلَقَّوْا الْجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئاً فَاشْتَرَاهُ ، فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِذَا أَتَى السُّوقَ»(٩٩٢)، ، خرجه مسلم ، وغيره .

---

(٩٩٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) كتاب البيوع : باب تحريم تلقى الجلب ، الحديث (١٧/ ١٥١٩) ، وأحمد (٢/ ٤٨٧ - ٤٨٨) ، وأبو داود (٣/ ٧١٨) كتاب البيوع والإجارات : باب فى التلقى ، الحديث (٣٤٣٧) ، والترمذى (٣/ ٥٢٤) كتاب البيوع : باب ما جاء فى كراهية تلقى البيوع ، الحديث (١٢٢١) ، والنسائى (٧/ ٢٥٧) كتاب البيوع : باب التلقى ، وابن ماجه (٢/ ٥) كتاب التجارات : باب النهى عن تلقى الجلب ، والبيهقى (٥/ ٣٤٨) كتاب البيوع : باب النهى عن تلقى السلع .

وهو عند البخارى (٤/ ٣٧٣) كتاب البيوع : باب النهى عن تلقى الركبان ، الحديث (٢١٦٢) مختصرًا بلفظ : « نهى النبى ﷺ عن التلقى ، وأن يبيع حاضر لباد » .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وفى الباب عن ابن مسعود قال : نهى النبى ﷺ عن تلقى البيوع .

أخرجه البخارى (٤/ ٣٧٣) كتاب البيوع : باب النهى عن تلقى الركبان ، الحديث (٢١٦٤) ، ومسلم (٣/ ١١٥٦) كتاب البيوع : باب تحريم تلقى الجلب ، الحديث (١٥/ ١٥١٨) ، وأحمد (١/ ٤٣٠) ، والترمذى (٣/ ٥٢٤) كتاب البيوع : باب ما جاء فى كراهية تلقى البيوع ، حديث (١٢٢٠) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٥) كتاب التجارات : باب النهى عن تلقى الجلب ، حديث (٢١٨٠) ، وأبو يعلى (٨/ ٤٠٧ - ٤٠٨) رقم (٤٩٩٠) .

وعن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق » .

أخرجه البخارى (٤/ ٣٧٥) كتاب البيوع : باب منتهى التلقى ، الحديث (٢١٦٦) و (٢١٦٧) ، ومسلم (٣/ ١١٥٦) كتاب البيوع : باب تحريم تلقى الجلب ، الحديث (١٤/ ١٥١٧) ، وأبو داود (٣٤٣٦) ، والنسائى (٧/ ٢٥٧) كتاب البيوع : باب التلقى ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٥) كتاب التجارات : باب النهى عن تلقى الجلب ، حديث (٢١٧٩) ، وأحمد (٢/ ٢٠) ، وابن الجارود (٥٧٢) ، والطحارى فى «شرح معانى الآثار » (٤/ ٧ ، ٨) .

[مَعْنَى النَّهْيِ عن بيع الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، والقول في شِرَاء الْحَضَرِيِّ لِلْبَدَوِيِّ]

فصل : وأما نهيه ﷺ عن بيع الحاضر لِلْبَادِي [١] ، فاختلف العلماء في معنى ذلك : فقال قوم : لا يَبِعْ أهل الحضر لأَهْلِ البادية ، قولاً واحدا .

واختلف عنه في شِرَاءِ الحضري للبدوي ، فمرة أجازه ، وبه قال ابن حبيب ، ومرة منعه ، وأهل الْحَضَرِ عنده هم أهلُ الأمصار ، وقد قيل عنه : إنه لا يجوز أن يبيعَ أهلُ القرى لأهل العمود الْمُنْتَقِلِينَ ، ، وبمثل قول مالك قال الشافعي ، والأوزاعي .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : لا بأس أن يبيعَ الحاضِرُ للبادي ، ويخبرَهُ بالسِّعْرِ ، ، وكرهه مالك، أعني : أن يخبرَ الحضري البادي بالسعر ، وأجازه الأوزاعي . والذين منعوه اتفقوا على أن الْقَصْدَ بهذا النهي هو إِرْفَاقُ أهل الحضر ؛ لأن الأشياء عند أهل البادية أيسرُ من أهل الحاضرة ، وهي عندهم أَرْخَصُ ، بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم، أي : بغيرِ ثَمَنٍ ، فكأنهم رأوا أنه يُكْرَهُ أن ينصح الحضري للبدوي ، وهذا مناقض لقوله - عليه الصلاة والسلام - « **الدِّينُ النَّصِيحَةُ** » [٩٩٣] ، وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة .

---

(١) تقدم .

(٩٩٣) أخرجه مسلم (١/ ٧٤) كتاب الأيمان : باب بيان أن الدين النصيحة ، حديث (٩٥/ ٥٥) ، وأبو داود (٥/ ٢٣٣ ، ٢٣٤) كتاب الأدب : باب فى النصيحة ، حديث (٤٩٤٤) ، والنسائى (٧/ ١٥٦) كتاب البيعة : باب النصيحة للإمام ، وأحمد (٤/ ١٠٢) ، والحميدى (٢/ ٣٦٩) رقم (٨٣٧) ، وأبو عوانة (١/ ٣٦ - ٣٧) ، والبخارى فى « التاريخ الصغير » (٢/ ٣٤) ، وأبو عبيد فى «الأموال » (ص - ١٠) رقم (١) ، وأبو يعلى (١٣/ ١٠٠) رقم (٧١٦٤) ، وابن حبان فى « روضة العقلاء » (ص-١٩٤) ، والطبرانى فى « الكبير » (٢/ ٥٢ ، ٥٤) ، والبيهقى فى « شعب الإيمان » (٦/ ٢٦) رقم (٧٤٠١) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٦/ ٤٨٥ - بتحقيقنا) ، والقضاعى فى « مسند الشهاب » رقم (١٧ ، ١٨) كلهم من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن عطاء بن يزيد عن تميم الدارى ؛ أن النبى ﷺ قال : « الدين النصيحة » قالوا : لمن يا رسول الله قال : « لله ولكتابه ولنبيه ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

وفى الباب عن أبى هريرة ، وابن عباس ، وابن عمر ، وثوبان .

حديث أبى هريرة :

أخرجه الترمذى (٤/ ٢٨٦) كتاب البر والصلة : باب ما جاء فى النصيحة ، حديث (١٩٢٦) ، والنسائى (٧/ ١٥٧) كتاب البيعة : باب النصيحة للإمام ، وأحمد (٢/ ٢٩٧) ، والبخارى فى « التاريخ الصغير » (٢/ ٣٥) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ٢٤٢ ، ٧/ ١٤٢) عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الدين النصيحة » ثلاث مرات قالوا : يا رسول الله لمن ؟ قال : « لله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

حديث ابن عباس :

أخرجه أحمد (١/ ٣٥١) ، والبزار (١/ ٤٩ - ٥٠ - كشف) رقم (٦١) ، وأبو يعلى (٤/ ٢٥٩) =

= رقم (٢٣٧٢) من حديث ابن عباس .

أما أبو يعلى والبزار ، فأخرجاه من طريق زيد بن الحباب : ثنا محمد بن مسلم الطائفى ، ثنا عمرو ابن دينار ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الدين النصيحة » ، قالوا : لمن يا رسول الله؟ قال : « لكتاب الله ولنبيه ولأئمة المسلمين » .

أما أحمد فأخرجه من طريق زيد بن الحباب قال : أخبرنى عبد الرحمن بن ثوبان قال : سمعت عمرو بن دينار يقول : أخبرنى من سمع ابن عباس يقول : قال رسول الله ﷺ : « الدين النصيحة » قالوا: لمن ؟ قال : « لله ولرسوله ولأئمة المؤمنين » .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (١/ ٩٢) وقال : رواه أحمد والبزار والطبرانى فى «الكبير » وقال : لأئمة المسلمين وعامتهم . قال أحمد : عن عمرو بن دينار أخبرنى من سمع ابن عباس ، وقال الطبرانى : عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ، فمقتضى رواية أحمد الانقطاع بين عمرو وابن عباس، ومع ذلك فيه عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان ، وقد ضعفه أحمد وقال : أحاديثه مناكير. ورواه أبو يعلى ، ورجاله رجال الصحيح ، ولفظ أبى يعلى ، قالوا : لمن يا رسول الله ؟ قال: « لكتاب الله ولنبيه ولأئمة المسلمين » . أ.هـ .

والحديث ذكره ابن أبى حاتم فى « العلل » (٢/ ١٧٦) رقم (٢٠١٩) وقال : سألت أبى عن حديث رواه أيوب الوزان عن زيد بن حباب عن ابن ثوبان عن عمرو بن دينار عن رجل عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الدين النصيحة » قال أبى : هذا خطأ ، إنما هو ما رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن القعقاع بن حكيم عن أبى صالح . قال : ثم لقيت سهيلاً فسألته فقال سهيل : سمعته من الذى سمعه منه أبى ، أخبرنيه عطاء بن يزيد كان صديقاً لأبى من أهل الشام عن تميم الدارى عن النبى ﷺ .

حديث ابن عمر :

أخرجه الدارمى (٢/ ٣١١) كتاب الرقاق : باب الدين النصيحة ، والبزار (١/ ٥٠ - كشف) رقم (٦٢) ، والطبرانى فى « مكارم الأخلاق » رقم (٦٦) ، والقضاعى فى « مسند الشهاب » رقم (١٩) من طريق هشام بن سعد عن زيد بن أسلم ونافع عن ابن عمر ؛ أن النبى ﷺ قال : « الدين النصيحة» .

قال البزار : وهذا لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلا من هذا الوجه ، ولا نعلم أحداً جمع بين زيد ونافع إلا جعفر بن عون عن هشام .

قلت : وهو كما قال .

فقد رواه جعفر بن عون عن هشام ، وجمع بين زيد ونافع كما عند الدارمى والبزار .

أما عند الطبرانى فى « المكارم » فرواه أبو همام الدلال عن هشام عن نافع - وحده دون ذكر زيد - عن ابن عمر به .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (١/ ٩٢) ، وقال : رواه البزار ، ورجاله رجال الصحيح .

حديث ثوبان :

ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (١/ ٩٢) عنه عن النبى ﷺ قال : « رأس الدين النصيحة » قالوا : لمن يا رسول الله ؟ قال : « لله عز وجل ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة » .

وقال الهيثمى : رواه الطبرانى فى « الأوسط » وفيه أيوب بن سويد ، وهو ضعيف لا يحتج به . أ.هـ .

وأيوب بن سويد : =

وحجة الجمهور : حديث جابر خرجه مسلم ، وأبو داود قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، ذَرُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » (٩٩٤) ، ، وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود ، فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غَبْنِ البدوي ؛ لأنه يَرِدُ ، والسعرُ مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون على هذا معنى الحديث النهي عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ على ما تأوله الشافعي ، وجاء في الحديث الثابت .

[حُكْمُ هَذَا الْبَيْعِ إِذَا وَقَعَ]

واختلفوا إذا وقع فقال الشافعي : إذا وقع فقد تَمَّ ، وجاز البيعُ ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « دَعُوا [1] النَّاسَ يَرْزُقُ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » [2] .

واختلف في هذا المعنى أصحابُ مالك ، فقال بعضهم : يفسخ ،، وقال بعضهم : لا يفسخ .

[النَّهْيُ عَنِ النَّجْشِ ، وَمَا هُوَ] ؟

فصل وأما نهيه - عليه الصلاة والسلام - عن النجش [3] ، فاتفق العلماء على

= قال البخارى فى التاريخ الكبير (١/ ١٣٣٣) : يتكلمون فيه .

وقال أيضاً (٢/ ٢٧٠٨) : ليس بقوى .

وقال النسائى : ليس بثقة . « الضعفاء والمتروكين » (٢٩) .

وقال الدارقطنى : يعتبر به . « سؤالات البرقانى » (٤٢٤) .

وقال ابن معين : " ليس بشئ . « سؤالات ابن الجنيد » (٦٠٠) .

(٩٩٤) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، الحديث (٢٠/ ١٥٢٢) ، وأبو داود (٣/ ٧٢١) كتاب البيوع والإجارات : باب فى النهى عن أن يبيع حاضر لباد، الحديث (٣٤٤٢) ، والطيالسى ص (٢٤١) فى مسند جابر بن عبد الله رضى الله عنه ، الحديث (١٧٥٢) ، وأحمد (٣/ ٣٠٧ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢) فى مسند جابر بن عبد الله رضى الله عنه ، والترمذى (٣/ ٥٢٦) كتاب البيوع : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، الحديث (١٢٢٣) ، والنسائى (٧/ ٢٥٦) كتاب البيوع : باب بيع الحاضر للبادى ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٤) كتاب التجارات : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، الحديث (٢١٧٦) ، وابن الجارود (٥٧٤) ، والحميدى (٢/ ٥٣٤) رقم (١٢٧٠) ، والطحاوى فى « شرح معانى الاثار » (٤/ ١١) ، والبيهقى (٥/ ٣٤٦) ، والبغوى فى «شرح السنة» (٤/ ٢٩٢ - بتحقيقنا) من طريق أبى الزبير عن جابر به .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

(١) فى الأصل : ذروا .   (٢) تقدم .

(٣) النجش لغة : مأخوذ من نجش الصيد ينجشه نجشاً ، إذا استثاره ليصيده .

ينظر : لسان العرب ٦/ ٤٣٥٣ ، المصباح المنير ٥٩٤ . =

منع ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحد في سلعة ، وليس في نفسه شِرَاؤُهَا ، يريد بذلك أن يَنْفَعَ البائع ، ويَضُرَّ المشتري .

[اختلافُ الفقهاء في حكم بَيْعِ النَّجْشِ إذا وقع]

واختلفوا إذا وقع هذا البيع : فقال أهل اظاهر : هو فاسد .

وقال مالك : هو كالعيب ، والمشتري بالخيار ، إن شاء أن يَرُدَّ رَدَّ ، وإن شاء أن يُمْسِكَ أَمْسَكَ .

وقال أبو حنيفة ،، والشافعي : إن وقع أَثِمَ ، وجاز البيع .

[سَبَبُ اختلاف الفقهاء في هذا الموضوع]

وسبب الخلاف : هل يتضمنُ النهيُ فسادَ المَنهي عنه ، وإن كان النهي ليس في نفس الشيء ، بل من خارج ، فمن قال : يتضمن فَسْخَ البيع ، لم يُجِزْهُ ، ومن قال : ليس يتضمن ، أجازه .

والجمهور على أن النهي إذا وَرَدَ لمعنى في المنهي عنه ؛ أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الرِّبَا وَالْغَرَرِ ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الْفَسَادَ ،، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نَهْيُهُ - عليه الصلاة والسلام - عن بيع الماء ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - في بعض ألفاظه : « **أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ ؛ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ** » .

وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ ، وَنَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلأُ** » ، وقال : « **لا يُمْنَعُ وَهُوَ بِئْرٌ ، وَلا نَقْعُ مَاءٍ** » (٩٩٥) .

= واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : أن يزيد فى الثمن من لا يريد الشراء ليرغب غيره .

وعرفه الشافعية بأنه : أن يزيد فى الثمن للسلعة المعروفة للبيع لا لرغبة فى شرائها ، بل يخدع غيره فيشتريها .

وعرفه المالكية بأنه : أن يزيد فى السلعة ، وليس فى نفسه شراؤها ، يريد بذلك أن ينفع البائع ، ويضر المشترى .

وعرفه الحنابلة بأنه : أن يزيد فى السلعة من لا يريد شراؤها ؛ ليقتدى به المستلم ، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر ، إلا وهى تساويه ؛ فيغتر بذلك .

انظر : الهداية : ٥٣/٣ ، مجمع الأنهر : ٦٩/٢ ، مغنى المحتاج : ٣٧/٢ ، بداية المجتهد : ١٦٧/٢ ، فتح العزيز : ٢٢٥/٨ ، المغنى : ٢٣٤/٤ .

(٩٩٥) النهى عن بيع فضل الماء　　=

... ...

= ورد من حديث أبى هريرة ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر ، وإياس بن عبد المزنى .
حديث أبى هريرة : له طرق كثيرة :
الطريق الأول :
أخرجه مالك (٢/ ٧٤٤) كتاب الأقضية : باب القضاء فى المياه ، (٢٩) ، والبخارى (٥/ ٣١) كتاب المساقاة : باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ، حديث (٢٣٥٣) ، ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة : باب تحريم فضل بيع الماء ، حديث (٣٦/ ١٥٦٦) ، والترمذى (٣/ ٥٧٢) كتاب البيوع : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، حديث (١٢٧٢) ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨) كتاب الرهون: باب النهى عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ (٢٤٧٨) ، وأحمد (٢/ ٢٤٤) ، وعبد الرزاق (٨/ ١٠٥) رقم (١٤٤٩٤) ، والحميدى (٢/ ٤٧٧) رقم (١١٢٤) ، وابن الجارود (٥٩٦) ، وأبو يعلى (١١/ ١٣١) رقم (٦٢٥٧) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٣/ ٤٢١ - بتحقيقنا) كلهم من طريق أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » .
الطريق الثانى :
أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة : باب تحريم فضل بيع الماء ، حديث (٣٨/ ١٥٦٦) ، وأحمد (٢/ ٢٧٣) ، وعبد الرزاق (٨/ ١٠٤ - ١٠٥) رقم (١٤٤٩٠) ، والبيهقى (٦/ ١٥-١٦) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء . من طريق أبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة بمثل الطريق الأول .
الطريق الثالث :
أخرجه البخارى (٥/ ٣١) كتاب المساقاة : باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ، حديث (٢٣٥٤) ، ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة : باب تحريم فضل بيع الماء ، حديث (٣٧/ ١٥٦٦) من طريق الزهرى : حدثنا سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن ؛ أن أبا هريرة قال . . . فذكره .
الطريق الرابع :
أخرجه أحمد (٢/ ٤٢٠ - ٤٢١) ، وابن حبان (١١٤٢ - موارد) من طريق ابن وهب : حدثنا حيوة حدثنى أبو هانئ ؛ أن أبا سعيد مولى بنى غفار قال : سمعت أبا هريرة يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تمنعوا فضل الماء ، ولا تمنعوا الكلأ فيهزل المال ويجوع العيال » .
وذكره الهيثمى فى « مجمع الزائد » (٤/ ١٢٧) وقال : قلت : هو فى الصحيح باختصار ، رواه أحمد ورجاله ثقات .
الطريق الخامس :
أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٠) من طريق عبد الرحمن بن أبى عمرة عن أبى هريرة به .
الطريق السادس :
أخرجه أحمد (٢/ ٥٠٦) من طريق المسعودى عن عمران بن عمير ، عن عبيد الله بن عبد الله عن أبى هريرة به .
والمسعودى كان قد اختلط .
حديث عبد الله بن عمرو :
أخرجه البيهقى (٦/ ١٦) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء ، من طريق أبى بكر بن عياش عن شعيب بن شعيب أخى عمرو بن شعيب ، عن أخيه عمرو بن شعيب ، عن سالم مولى عبد الله بن عمرو قال : « أعطونى بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين ألفا ، فكتبت إلى عبد الله =

... ...

= ابن عمرو ، فكتب إلى : لا تبعه ولكن أقم قلدك ثم أسق الأدنى فالأدنى ؛ فإنى سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع فضل الماء » . ورواه أحمد من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى : « أن عبد الله بن عمرو كتب إلى عامل له على أرض له : لا تمنع فضل مائك ؛ فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ ، منعه الله يوم القيامة فضله » .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٢٧) وقال : رواه أحمد ، وفيه محمد بن راشد الخزاعى ، وهو ثقة ، وقد ضعفه بعضهم .

حديث جابر بن عبد الله :

أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة : باب تحريم فضل بيع الماء ، الحديث (٣٤/ ١٥٦٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨) كتاب الرهون : باب النهى عن بيع الماء ، الحديث (٢٤٧٧) ، وابن الجارود ص (٢٠٤) المنتقى : باب المبايعات المنهى عنها ، الحديث (٥٩٥) ، والحاكم (٢/ ٤٤) ، والبيهقى (٦/ ١٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء ، من طريق ابن جريج : أخبرنى أبو الزبير ؛ أنه سمع جابراً قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء .

وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . ووافقه الذهبى ، وقد وهما ؛ فهذا أخرجه مسلم كما ترى.

حديث إياس بن عبد المزنى :

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٥١) كتاب البيوع والإجارات : باب فى بيع فضل الماء ، الحديث (٣٤٧٨) ، والنسائى (٧/ ٣٠٧) كتاب البيوع : باب بيع فضل الماء ، والبيهقى (٦/ ١٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء ، من طريق داود بن عبد الرحمن العطار ، عن عمرو بن دينار ، عن أبى المنهال ، عن إياس بن عبد ؛ « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع فضل الماء » .

ورواه الترمذى (٣/ ٥٧١) كتاب البيوع : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، الحديث (١٢٧١) ، عن قتيبة ، عن داود بن عبد الرحمن العطار فقال « نهى عن بيع الماء » ثم قال : (حديث حسن صحيح).

ورواه يحيى بن آدم عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار به بلفظ : « نهى عن بيع فضل الماء » أخرجه البيهقى (٦/ ١٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء .

وخالف يحيى بن آدم جمهور أصحاب سفيان ، فرووه عنه بلفظ : « نهى عن بيع الماء » بدون ذكر الفضل ، رواه أحمد (٤/ ١٣٨) ، والحاكم (٢/ ٤٤) : باب النهى عن بيع فضل الماء ، والبيهقى (٦/ ١٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨) كتاب الرهون : باب النهى عن بيع الماء ، الحديث (٢٤٧٦) ، والنسائى (٧/ ٣٠٧) كتاب البيوع : باب بيع الماء ، والدارمى (٢/ ٢٦٩) كتاب البيوع : باب فى النهى عن بيع الماء ، من طريق سفيان ، وكذلك رواه ابن جريج ، عن عمرو بن دينار ؛ أن أبا المنهال أخبره أن إياس بن عبد من أصحاب النبى ﷺ قال : « لا تبيعوا فضل الماء ؛ فإن النبى ﷺ نهى عن بيع الماء ، والناس يبيعون ماء الفرات فنهاهم » .

أخرجه أحمد (٣/ ٤١٧) ، والحاكم (٢/ ٤٤) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع الماء ، والبيهقى (٦/ ١٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع فضل الماء ، من طريق ابن جريج .

[مَنْ قَالَ : لا يَحِلُّ بَيْعُ الماء مُطلقاً]

واختلف العلماء في تأويل هذا النهي : فحمله جماعةٌ من العلماء على عمومه ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر ، أو غدير ، أو عين [(١)] في أرض مُمَلَّكَةٍ ، أو غير مملكة ، غير أنه إن كان مُتَمَلَّكاً كان أَحَقَّ بمقدار حَاجَته منه ؛ وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لا أرى أن يُمْنَعْنَ : الماءُ ، والنارُ ، وَالْحَطَبُ ، وَالْكَلأُ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها ، وهو أنه لا يَحِلُّ ملك أَحَدٍ إلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنه[(٩٩٦)] ، كما قال – عليه الصلاة والسلام – وانعقد عليه الإجماعُ .

---

(١) فى الأصل : كان من بئر أو من غدير أو من عين .

(٩٩٦) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ – ٧٣) ، والدارمى (٢/ ٢٤٦) كتاب البيوع : باب فى الربا الذى كان فى الجاهلية ، وأبو يعلى (٣/ ١٣٩) رقم (١٥٧٠) ، والدارقطنى (٣/ ٢٦) كتاب البيوع رقم (٩٢ ، ٩٣) والبيهقى (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب : باب من غصب لوحاً فأدخله فى سفينة أو بنى عليه جداراً، كلهم من طريق حماد بن سلمة عن على بن زيد بن جدعان عن أبى حرة الرقاشى عن عمه به .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٣/ ٢٦٨) وقال : رواه أحمد ، وأبو حرة الرقاشى وثقه أبو داود وضعفه ابن معين ، وفيه على بن زيد ، وفيه كلام . أ.هـ .

لكن للحديث شواهد كثيرة يرتقى بها الحديث إلى الصحة منها : عن أبى حميد الساعدى ؛ أن النبى ﷺ قال : « لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » .

أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٥) ، والبزار (٢/ ١٣٤ – كشف) رقم (١٣٧٣) ، وابن حبان (١١٦٦ – موارد) ، والطحاوى فى « شرح معانى الاثار » (٤/ ٢٤١) وفى « مشكل الآثار » (٤/ ٤١ – ٤٢) ، والبيهقى (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب : باب من غصب لوحاً فأدخله فى سفينة أو بنى عليه جداراً ، كلهم من طريق سليمان بن بلال عن سهيل بن أبى صالح عن عبد الرحمن بن سعد عن أبى حميد الساعدى به .

قال البزار : لا نعلمه عن أبى حميد إلا من هذا الطريق ، وإسناده حسن ، وقد روى من وجوه عن غيره من الصحابة .

وصححه ابن حبان .

وقال الهيثمى فى « المجمع » (٤/ ١٧٤) : رواه أحمد والبزار ، ورجال الجميع رجال الصحيح .

ومنها : عن عمرو بن يثربى قال : شهدت خطبة رسول الله ﷺ بـ« منى » فكان فيما خطب به أنه قال : «ولا يحل لمرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه . . . » .

أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٢ ، ٥/ ١١٣) ، والدارقطنى (٣/ ٢٥ – ٢٦) كتاب البيوع رقم (٨٩) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٢٤١) وفى « مشكل الآثار » (٤/ ٤٢) ، والبيهقى (٦/ ٩٧) من طريق عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثربى به .

وقال الهيثمى فى « المجمع » (٤/ ١٧٤) : رواه أحمد وابنه من زياداته أيضاً ، والطبرانى فى «الكبير» و « الأوسط » ورجال أحمد ثقات أ.هـ .

ومنها أيضا : عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ خطب الناس فى حجة الوداع ، فذكر الحديث وفيه: « لا يحِل لإمرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس » . =

[مَنْ خَصَّصَ هَذَا الْمَعْنَى (١) ، واختلافهم في هذا التخصيص]

والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهَة تَخْصِيصه : فقال قوم : معنى ذلك أن الْبِئْرَ يكون بين الشريكين يَسْقِي هذا يوماً ، وهذا يوماً ، فَيروى زرعُ أحدهما في بعض يومه ، ولا يروى في اليوم الذي لِشَرِيكه زَرْعُهُ ، فيجب عليه ألا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم ، ، وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء ، أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره . والتأويلان قريبان ، وَوَجْهُ التأويلان أنهم حَمَلُوا الْمُطْلَقَ في هذين الحديثين على المقيد ، وذلك أنه نهى عن بَيْعِ الماء مطلقاً ، ثم نهى عن منع فَضْلِ الماء (٢) ، فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد ، وقالوا : الفضل هو الممنوع في الحديثين .

[أَصْلُ مَذْهَبِ مالك في بَيْعِ الْمَاء]

وأما مالك فأصل مذهبه : أن الماءَ متى كان في أرض مُمَلَّكَة منيعة فهو لصاحب الأرض له بَيْعُهُ وَمَنْعُهُ ، إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ، وَيُخَافُ عليهم الْهَلاكُ . وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأَرْضِينَ الغير متملكة ، فرأى أن صاحبها أعني: الذي حفرها أَوْلَى بها ، فإذا رَوِيَتْ مَاشِيَتُهُ تَرَكَ الْفَضْلَ للناس ، وكأنه رأى أن البئر لا تتملك بالإحياء .

[الْقَوْلُ فِي التفرقة بَيْنَ الْوَالِدَة وَوَلَدِهَا]

ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها : وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها ؛ لثبوت قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِه يَوْمَ الْقِيَامَة** » (٩٩٧) .

= أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥) كتاب البيوع ، رقم (٨٧) ، والبيهقي (٦/ ٩٧) كتاب الغصب : باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً ، من طريق ثور بن يزيد الأيلي عن عكرمة عن ابن عباس به .

(١) في الأصل : النهى . (٢) تقدم .

(٩٩٧) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٣) ، والدارمي (٢/ ٢٢٧ - ٢٢٨) كتاب السير : باب النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها ، والترمذي (٣/ ٥٨٠) كتاب البيوع : باب في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع ، الحديث (١٢٨٣) ، والدارقطني (٣/ ٦٧) كتاب البيوع ، الحديث (٢٥٦) ، والحاكم (٢/ ٥٥) كتاب البيوع : باب من فرق بين والدة وولدها ، والبيهقي في «الشعب » (١١٠٨١) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٢٨٩) ، الحديث (٤٥٦) ، والطبراني في «الكبير» (٤/ ٢١٧) ، والبغوي في « شرح السنة » (٥/ ٢٣٩ - بتحقيقنا) من حديث أبي أيوب الأنصاري به .

وقال الترمذي : حسن غريب .

=

واختلفوا من ذلك في موضعين : في وقت جواز التفرقة ، وفي حكم البيع إذا وَقَعَ.

[حُكْمُ بيعِ الأم دون وَلَدِهَا ، وَعَكْسِهِ]

فأما حكم البيع : فقال مالك : يفسخ .

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ ، وأثم [١] البائع والمشتري .

وسبب الخلاف : هل النهي يقتضي فَسَادَ المنهي إذا كان لعلَّة من خارج ؟

[الْوَقْتُ الذي ينتقلُ فيه مَنْعُ هذا البيعِ إلى الْجوَازِ]

وأما الوقتُ الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز ، فقال مالك : حد ذلك الإثغار .

وقال الشافعي : حد ذلك سَبْعُ سنينَ أو ثمان .

وقال الأوزاعي : حَدُّهُ فوق عَشْرِ سنين ، وذلك أنه يكون [قد] نفع نفسه ، واستغنى في حياته عن أُمِّه .

[إذَا وَقَعَ فِي الْبَيْعِ غَبْنٌ فَاحِشٌ]

ويلحق بهذا الباب : إذا وقع في البيع غَبْنٌ لا يتغابن الناسُ بمثله ، هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور في المذهب أنه لا يفسخ .

وقال عبد الوهاب : إذا كان فَوْقَ الثُّلُث رَدَّ ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ، وجعله - عليه الصلاة والسلام - الخيار لصاحب الْجَلَبِ إذا تلقى خارج المصر دليلاً على اعتبار الغَبْنِ [٢] ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثاً ؛ لما ذكر له أنه يُغْبَنُ في البيوع .

[التفريقُ بين الابْنِ وأبيه ، والأَخِ وأَخيه في البيوعِ]

ورأى قوم من السَّلَفِ الأول أن حكمَ الوالدِ في ذلك حُكْمُ الوَالِدَةِ ، وقوم رأوا ذلك في الإخوة .

* * *

= وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم .

وللحديث شاهد من حديث حريث بن سليم العدوى :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٦٨) كتاب البيوع : رقم (٢٥٧) ، وفيه الواقدى وهو كذاب .

(١) فى الأصل : يأثم .   (٢) تقدم .

الْبَابُ السَّادسُ :
فِي النَّهْيِ مِنْ قِبَلِ وَقْتِ الْعِبَادَاتِ

[الْقَوْلُ فِي النَّهْيِ عن البيع وَقْتَ الْجُمُعَةِ]

وذلك إنما ورد في الشرع في وقت وجوب السعي إلى الجمعة فقط ؛ لقوله تعالى : ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوا إِلَى ذِكْرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة : ٩] .

[الْوَقْتُ الَّذِي يَمْتَنِعُ فِيهِ الْبَيْعُ وَقْتَ الْجُمُعَةِ]

وهذا أمر مجمع عليه ، فيما أحسب ، أعني : منعَ البيع عند الأذَانِ الذي يكون بعد الزَّوَالِ ، والإمام على المنبر .

[الاختلافُ فِي حُكْمِ هذا البيعِ إذا وَقَعَ]

واختلفوا في حكمه إذا وقع : هل يفسخ أو لا يفسخ ؟ فإن فُسِخَ فعلى مَنْ يفسخ ؟ وهل يلحق سائرُ العقود في هذا المعنى بالبيع ، أم لا يلحق ؟ فالمشهور عن مالك ؛ أنه يفسخ ، وقد قيل : لا يفسخ ، وهذا مذهب الشافعي ، وأبي حنيفة .

وسبب الخلاف - كما قلنا - غيرَ ما مرة : هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فسادَ المنهي عنه ، أو لا يقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ، فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه .

وأما أهلُ الظاهر فتقتضي أصولُهُمْ أن يفسخ على كُلِّ بائع .

[الْعُقُودُ غَيْرُ البيع إذا وَقَعَتْ فِي وَقْتِ الْجُمُعَةِ]

وأما سائرُ العقود فيحتمل أن تَلْحَقَ بالبيوع ؛ لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة . ويحتمل ألا يلحق به ؛ لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع .

[القولُ فِي الْعُقُودِ التي تَقَعُ فِي باقي أوقات الصلاة]

وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهَة الندب إن لم يفت الوقت . فإذا فات ، فعلى جهة الْحَظْرِ ، وإن كان لم يقل به أحدٌ في مبلغ علمي ، ولذلك مدح

الله تاركي البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى : ﴿ **رِجَالٌ لا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَإِقَامِ الصَّلاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ** ﴾ (١) [النور : ٣٧] .

وإذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع ، فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصحِّحَةِ له . وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع :

[الأسبابُ ، والشروطُ المصحِّحَةُ للبيع]

القسم الثاني : والأسباب ، والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضِدُّ الأسباب الْمُفْسِدَة له ، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس :

النظر الأول : في العقد .

والثاني : في المعقود عليه .

والثالث : في العاقدين ،، ففي هذا القسم ثلاثة أبواب :

« الْبَابُ الأَوَّلُ : فِي الْعَقْدِ »

[أَلْفَاظُ البيعِ وَالَشراءِ التي يصحُّ بها الْعَقْدُ]

والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية ، مثل : أن يقول البائع(٢) : قد بعت منك ، ويقول المشتري : قد اشتريت منك . وإذا قال له : بِعْنِي سلعتك بكذا وكذا ، فقال : قد بعتُها ، فعند مالك أن البيع قد وقع ، وقد لزم المستفهم، إلا أن يأتي في ذلك بِعُذْرٍ ،، وعند الشافعي أنه لا يتم البيعُ حتى يقولَ المشتري : « قد اشتريت» .

[إذا وقعَ البيعُ بِلَفْظ الاستفهام]

وكذلك : إذا قال المشتري للبائع : بِكَمْ تبيعُ سلعتَكَ ؟ فيقول المشتري : بكذا وكذا؟، فقال : قد اشتريتُ مِنْكَ ، اختلف : هل يلزم البيع أم لا حتى يقول : قد بعتها(٣) منك ؟ .

وعند الشافعيِّ : أنه يقع البيعُ بالألفاظِ الصريحةِ ، وبالكناية ،، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً ، ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قبول .

---

(١) فى الأصل : انقضى القسم الأول والحمد لله كثيراً .

(٢) فى الأصل : القائل .

(٣) فى الأصل : بعت .

[الإيجابُ والقبولُ المؤثرانِ في البيعِ]

ولا خلاف - فيما أحسب - أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللُّزُومِ لا يتراخَى أحدُهُمَا عن الثاني حتى يفترق الْمَجْلِسُ ، أعني : أنه متى قال البائع : قد بِعْتُ سلعتي بكذا وكذا ، فسكت المشتري ، ولم يَقْبَلِ البيعَ حتى افترقا ، ثم أتى بعد ذلك ، فقال : قد قبلت ، أنه لا يلزم ذلك البائع .

[مَتَى يَكُونُ لزومُ الْبَيْعِ] ؟

واختلفوا متى يكون اللزوم ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما ، وطائفة من أهل المدينة : إن البيعَ يلزمُ في المجلس بالقول ، وإن لم يفترقا .

وقال الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، وابن عمر من الصحابة - رضي الله عنهم - : البيع لازمٌ بالافتراق من المجلس ، وأنهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيعُ ، ولا يَنْعَقِدُ ، وهو قول ابن أبي ذئب [(١)] في طائفة من أهل المدينة ، وابن المبارك ، وسوار القاضي ، وشريح القاضي [(٢)] ، وجماعة من التابعين ، وغيرهم ، وهو مروي عن ابن عمر ، وأبي برزة الأسلمي من الصحابة ، ولا مخالف لهما من الصحابة.

[عُمْدَةُ المشترطينَ خيارَ الْمَجْلِسِ]

وعمدة المشترطين لخيار المجلس : حديث مالك عن نافع ، عن ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إلا بَيْعَ الْخِيَارِ** ».

---

(١) محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبى ذئب هشام بن شعبة بن عبد الملك ، أبو الحارث المدنى ، أحد الأئمة الأعلام ، روى عن نافع وشرحبيل بن سعد والزهرى ، وضعفه فيه أحمد، وحديثه فى الصحيحين . قال أبو نعيم : مات سنة تسع وخمسين ومائة .

انظر الخلاصة : ٤٣١/٢ (٦٤٤١) ، وتهذيب التهذيب ٣٠٣/٩ ، والتقريب : ١٨٤/٢ ، والكاشف : ٦٩/٣ .

(٢) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية الكندى ، أبو أمية الكوفى ، مخضرم ، ولى لعمر الكوفة ، فقضى بها ستين سنة ، وكان من جلة العلماء وأذكى العالم . وثقه ابن معين . قال الشعبى : كان أعلم الناس بالقضاء . مات سنة ثمانين على الأصح عن مائة وعشر سنين .

انظر : الخلاصة ٤٤٧/١ (٢٩٣٧) ، والتقريب ٣٤٩/١ ، وتهذيب التهذيب ٣٢٦/٤ ، والكاشف ٩/٢ ، والثقات ٣٥٢/٤ .

وفي بعضِ رواياتِ هذا الحديث « **إلا أنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحبه : اخْتَرْ** »[٩٩٨] ، وهذا حديثٌ إسنادُه عند الجميع من أوثق الأسانيد ، وأصَحِّهَا ، حتى لقد زعم أبو محمد ؛ أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم ، وإن كان من طريقِ الآحَادِ .

[أَدلَّةُ مَنْ لَمْ يَعْتَبِرْ خِيَارَ المجلسِ ، وقول مالك في هذا]

وأما المخالفون : فقد اضطرب بهم وجهُ الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث ، فالذي اعتمد عليه مالك - رحمه الله - في رد العمل به ؛ أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه ، ومع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود ؛ أنه قال : «**أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ**»[٩٩٩] ، فكأنه حمل هذا على عمومه ،

---

(٩٩٨) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٧١) كتاب البيوع : باب بيع الخيار ، الحديث (٧٩) ، وأحمد (١/ ٥٦) ، والبخارى (٤/ ٣٢٨) كتاب البيوع : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، الحديث (٢١١١) ، ومسلم (٣/ ١١٦٣) كتاب البيوع : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، الحديث (٤٣/ ١٥٣١) ، وأبو داود (٣/ ٧٣٢ - ٧٣٥) كتاب البيوع والإجارات : باب فى خيار المتبايعين ، الحديث (٣٤٥٤) و (٣٤٥٥) ، والترمذى (٣/ ٥٤٧) كتاب البيوع : باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، الحديث (١٢٤٥) ، والنسائى (٧/ ٢٤٨) كتاب البيوع : باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦) كتاب التجارات : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، الحديث (٢١٨١) ، والشافعى (٢/ ١٥٤) كتاب البيوع : باب فى خيار المجلس رقم (٥٣١ ، ٥٣٤) ، وابن طهمان فى « مشيخته » رقم (١٨٠ ، ١٨١) ، وعبد الرزاق (٨/ ٥٠ - ٥١) ، والحميدى (٦٤٥) ، والطيالسى (١/ ٢٦٦ - منحة) رقم (١٣٣٨) ، وأبو أمية الطرسوسى فى « مسند ابن عمر » رقم (٧٩) ، وأبو يعلى (١٠/ ١٩٢) رقم (٥٨٢٢) ، والطحاوى فى « شرح معانى الاثار » (٤/ ١٢) ، والدارقطنى (٣/ ٥) كتاب البيوع ، والطبرانى فى « المعجم الصغير» (٢/ ٢٧) ، والبيهقى (٥/ ٢٦٨ - ٢٦٩) ، وأبو نعيم فى « أخبار أصفهان » (١/ ٢٢٠) ، والخطيب فى «تاريخ بغداد » (٣/ ١٠٤ - ١٠٥) ، والبغوى فى «شرح السنة » (٤/ ٣٢٦ - بتحقيقنا) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به .

(٩٩٩) الحديث عن ابن مسعود له طرق كثيرة :

الطريق الأول :

من رواية عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا اختلف البيعان ، فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار » .

أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦) ، والترمذى (٣/ ٥٧٠) كتاب البيوع : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، الحديث (١٢٧٠) ، والبيهقى (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين ، من طريق محمد بن عجلان ، عن عون بن عبد الله به .

وأخرجه البيهقى (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين ، من طريق يعقوب بن عبد الرحمن ، عن ابن عجلان ، عن عون بن عبد الله بن عتبة ؛ أن ابن مسعود ، والأشعث بن قيس تبايعا بيعًا ، فاختلفا فى الثمن ، فقال ابن مسعود : اجعل بينى وبينك من أحببت ، فقال له الأشعث : فإنك بينى وبين نفسك ، فقال ابن مسعود : إذًا أقضى بما سمعت من رسول ﷺ ،سمعته يقول . . . وذكر مثله . =

... ...

= قال الترمذى : (هذا حديث مرسل ؛ عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود) ، وهكذ قال البيهقى ، وزاد : (وقد رواه الشافعى عن ابن عيينة عن ابن عجلان فى رواية الزعفرانى والمزنى عنه ، ثم قال الزعفرانى قال : أبو عبد الله - يعنى الشافعى - : هذا حديث منقطع ، لا أعلم أحدًا يصله عن ابن مسعود ، وقد جاء من غير وجه) .

قال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص/٢٤٩) : عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عم أبيه عبد الله بن مسعود ، هو مرسل ، قاله الترمذى والدارقطنى وذلك واضح .

الطريق الثانى :

من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال : « باع عبد الله بن مسعود الأشعث بن قيس سبيا من سبى الإمارة بعشرين ألفا ، فجاءه بعشرة آلاف فقال : إنما بعتك بعشرين ألفا ، قال : إنما أخذتها بعشرة آلاف ، قال : فإنى أرضى فى ذلك برأيك ، فقال ابن مسعود : إن شئت حدثتك عن رسول الله ﷺ فعلت ، قال : أجل ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا تبايع المتبايعان بيعا ليس بينهما شهود ، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » قال الأشعث : فإنى قد رددت عليك » .

أخرجه ابن الجارود ص (٢١١ - ٢١٢) أبواب القضاء فى البيوع ، الحديث (٦٢٤) ، والدارقطنى (٣/ ٢٠) كتاب البيوع ، الحديث (٦٥٠) كلاهما من رواية عمر بن قيس الماصر ، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه . واختلف فى سماع عبد الرحمن من أبيه ، وكان سفيان الثورى ، وشريك ، وشعبة يقولون : إنه سمع من أبيه ، وكذا قال أبو حاتم ، وابن معين . وينظر : جامع التحصيل (ص - ٢٢٣).

وأخرجه الطيالسى (ص: ٥٣) ، الحديث (٣٩٩) ، وأحمد (١/ ٤٦٦) ، والبيهقى (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين ، من طريق المسعودى ، عن القاسم بن عبد الرحمن قال : بايع عبد الله ، فذكر الحديث ولم يذكر أباه عبد الرحمن . وكذلك رواه عبد الرزاق (٨/ ٢٧١) ، الحديث (١٥١٨٥) ، عن سفيان الثورى ، عن معن بن عبد الرحمن عن أخيه القاسم به ، والدارقطنى (٣/ ٢٠) كتاب البيوع ، الحديث (٦٤) ، من طريق أبى العميس عتبة بن عبد الله المسعودى قال : سمعت القاسم يذكر عن عبد الله .

الطريق الثالث :

من رواية عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس ، عن أبيه عن جده قال : « اشترى الأشعث رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفا » فذكر مثله .

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠) كتاب البيوع والإجارات : باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٧٤) ، الحديث (٣٥١١) ، والنسائى (٧/ ٣٠٢ - ٣٠٣) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين فى الثمن ، وابن الجارود فى المنتقى (ص : ٢١٢) ، أبواب القضاء فى البيوع ، الحديث (٦٢٥) ، والحاكم (٢/ ٤٥) كتاب البيوع : باب إذا اختلف البيعان ، والدارقطنى (٣/ ٢٠) كتاب البيوع ، الحديث (٦٣)، والبيهقى (٥/ ٣٣٢) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين .

وقال الحاكم : (صحيح الإسناد) ، ووافقه الذهبى ، وقال البيهقى : (هذا إسناد حسن موصول). وقال ابن حزم فى عبد الرحمن (٨/ ٣٦٨) : (إنه مجهول ابن مجهول . قال : ومحمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود) وتبعه ابن القطان كما فى نصب الراية (٤/ ١٠٥ - ١٠٦) ، وزاد : =

وذلك يَقْتَضِي أن يكونَ في المجلس ، وبعد المجلس ، ولو كان المجلسُ شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تَبْيِينِ حُكْمِ الاختلاف في المجلس ؛ لأن البيع بعدُ لم ينعقد، ولا لزم ، بل بعد الافتراق من المجلس .

وهذا الحديث منقطعٌ ، ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع تَوَهُّمِ العموم فيه ، والأولى أن ينبني هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً ، فيما أحسب ، ، فهذا هو الذي اعتمده مالك - رحمه الله - في تَرْكِ العمل بهذا الحديث.

[أَدِلَّةُ أصحابِ مالك في عدَمِ أَخْذِهِمْ بخِيَارِ الْمَجْلِسِ]

وأما أصحابُ مالك: فاعتمدوا في ذلك على ظَوَاهِرَ سمعية ، وعلى القياس ، فمن أظهر الظواهر في ذلك قوله - عز وجل :- ﴿ **يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ [المائدة: ١] ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر على الوجوب ، وخيارُ المجلسِ يوجب تَرْكَ الوفاء بالعقد ؛ لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا .

= (وكذلك جده محمد ، إلا أنه أشهرهم ، وهو أبو القاسم بن الأشعث ، روى عنه مجاهد والشعبى والزهرى وعمر بن قيس الماصر وسليمان بن يسار ، وروى هو عن عائشة ، أما روايته عن ابن مسعود فمنقطعة أ. هـ) .

الطريق الرابع :

من رواية القاسم بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن عبد الله بن مسعود قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة ، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » .

أخرجه الدارمى (٢/ ٢٥٠) كتاب البيوع : باب إذا اختلف المتبايعان ، وأبو داود (٣/ ٧٨٣) كتاب البيوع والإجارات : باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، الحديث (٣٥١٢) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات : باب البيعان يختلفان ، الحديث (٢١٨٦) ، والدارقطنى (٣/ ٢١) كتاب البيوع ، الحديث (٧٢) ، والبيهقى (٥/ ٣٣٣) كتاب البيوع : باب اختلاف المتبايعين ، كلهم من رواية هشيم ، عن ابن أبى ليلى ، عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه به ، إلا أن أبا داود لم يسق متنه بل أحاله على الذى قبله ، وقال : (فذكره بمعناه ، والكلام يزيد وينقص) .

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢١) كتاب البيوع ، الحديث (٦٧) من طريق إسماعيل بن عياش : ثنا موسى ابن عقبة عن ابن أبى ليلى ، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود ، عن أبيه عن جده مرفوعاً : « إذا اختلف المتبايعان فى البيع والسلعة كما هى لم تستهلك ، فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع » ورواه الحسن بن عمارة عن القاسم عن أبيه أيضا ، لكنه أتى فيه بسياق مخالف فقال : « إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع ، فإذا استهلك فالقول قول المشترى » .

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢١) كتاب البيوع ، الحديث (٦٦) ، والحسن بن عمارة متروك ساقط . ورواه أحمد ، عن ابن مهدى : ثنا سفيان عن معن عن القاسم ، عن عبد الله ، بدون ذكر عبد الرحمن بينهما.

[قِيَاسُ أصحاب مالك في هذا الموضوع]

وأما القياس : فإنهم[1] قالوا : عقدُ مُعَاوَضَةٍ ، فلم يكن لخيارِ المجلس فيه أثَرٌ ، أصلُهُ سَائِرُ العقود ؛ مثل : النكاح ، والكتابة ، والخلع ، والرهن ، والصلح على دَمِ العمد .

[هَلْ غَلَّبَ المالكيةُ القياسَ على الأثر في هذا الموضوع] ؟

فلما قيل لهم : إن الظواهر التي تحتجون بها يخصصها الحديثُ المذكور[2] ، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب[3] القياسِ على الأثر ، وذلك مذهبٌ مهجورٌ عند المالكية ، وإن كان قد رُوِيَ عن مالك تغليبُ القياس على السماع ،مثل قول أبي حنيفة .

[تأويلُ المالكية لحَدِيث خيَار المجْلسِ]

فأجابوا عن ذلك : بأن هذا ليس من بَاب رد الحَدِيثَ بالقيَاس ، ولا تَغْلِيب ، وإنما هو من بابِ تأويله ، وصرفه عن ظاهره. قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان :

أحدهما : أن المتبايعين في الحديث المذكور هما الْمُتَسَاوِمَان اللذان لم ينفذ[4] بينهما البيعُ . فقيل لهم : إنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه ؛ لأنه معلومٌ من دين الأمة أنهما بالخيار ، إذا لم يقع بينهما عَقْدٌ بالقولِ .

وأما التأويلُ الآخرُ : فقالوا : إن التفرق ههنا إنما هو كنايةٌ عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان ؛ كما قال الله تعالى : ﴿ **وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلا مِّنْ سَعَتِه** ﴾ [النساء : ١٣٠] ، والاعتراضُ على هذا أن هذا مَجَازٌ لا حقيقة ، والحقيقة هي التَفَرقُ بالأبدانِ ، ووجه الترجيح أن يُقَاسَ بين ظاهر هذا اللفظ ، والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمةُ في ذلك هي لموضع النَّدَمِ ، فهذه هي أصولُ الرُّكْنِ الأول الذي هو الْعَقْدُ .

[المعقودُ عَلَيْه ، ومَا يُشْتَرَطُ فيه]

وأما الركن الثاني : الذي هو المعقود عَليه ، فإنه يشترَطُ فيه سلامته من الغَرَرِ والربا ، وقد تقدم المختلفُ في هذه من المتفق عليه ، وأسباب الاختلاف في ذلك ، فلا معنى لتكْرَاره . والغرر يَنْتَفِي عن الشيء بأن يكون معلومَ الوجودِ ، معلومَ الصفة ، معلومَ الْقَدْرِ ، مَقْدُوراً على تسليمه ، وذلك في الطرفين : الثمنِ ، والمثمونِ ، معلومَ الأَجَلِ أيضاً إن كان بيعاً مؤجلاً.

---

(١) فى الأصل : فقد . (٢) فى الأصل : المشهور . (٣) فى الأصل : تغلب .
(٤) فى الأصل : ينعقد .

[الْعَاقِدَان ، وما يشترط فيهما]

وأما الركن الثالث : وهما العاقدان ، فإنه يُشْتَرَطُ فيهما أن يكونا مالكين تامى الْمِلْك، أو وكيلين تامي الوكالة [1] بَالغَيْنِ ، وأن يكونا مع هذا غيرَ محجورٍ عليهما ، أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما ، كالسفيه عند من يرى التحجير [2] عليه ، أو لحق الغير ، كالعبد إلا أن يكون العبد مَأْذُوناً له في التجارة .

[الْقَوْلُ في بَيْعِ الْفُضُولِيِّ ، واختلاف الفقهاء فيه]

واختلفوا من هذا في بيع الفضوليِّ ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته : أن يبيعَ الرجلُ مال غيرِهِ بشرط إن رضى به صاحبُ المالِ أمضى [3] البيع ، ومن لم يَرْضَ فسخ ،، وكذلك في شِرَاءِ الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رَضِيَ المشتري صَحَّ الشراءُ ، وإلا لم يصح، فمنعه الشافعي في الوجهين جميعاً ، وأجازه مالكٌ في الوجهين جميعاً ،، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء ، فقال : يَجُوزُ في البيعِ ، ولا يجوز في الشِّرَاءِ .

[عُمدةُ المالكية في تَصرُّف الْفُضُولِيِّ]

وعمدة المالكية : ما روي ؛ « **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَفَعَ إِلَى عُرْوَةَ الْبَارِقيِّ دِينَاراً ، وقال : « اشْتَرِ لَنَا منْ هَذَا الْجلَب شَاةً » قَالَ : فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بدينَار ، وَبِعْتُ إِحْدَى الشَّاتَيْن بدينَار ، وَجِئْتُ بِالشَّاة وَالدِّينَار ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله هَذِه شَاتُكُمْ وَدِينَارُكُمْ . فَقَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ في صَفْقَة يَمينه** » [1000] .

ووجهُ الاستدلال منْهُ : أن النَّبِيَّ ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ، ولا بالبيع، فصار ذلك حَجة على أبي حنيفة في صِحَّةِ الشراءِ للغير ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً .

---

(١) فى الأصل : الملك . (٢) فى الأصل : الحجر . (٣) فى الأصل : مضى .

(١٠٠٠) أخرجه أحمد (٤/ ٣٧٥ ، ٣٧٦) ، والبخارى (٦/ ٦٣٢) كتاب المناقب : باب (٢٨) ، الحديث (٣٦٤٢) ، وأبو داود (٣/ ٦٧٧) كتاب البيوع والإجارات : باب فى المضارب يخالف ، الحديث (٣٣٨٤) ، والترمذى (٣/ ٥٥٩) كتاب البيوع : باب (٣٤) ، الحديث (١٢٥٨) ، وابن ماجه (٢/ ٨٠٣) باب الأمين يتجر فيه فيربح ، الحديث (٢٤٠٢) ، والدارقطنى (٣/ ١٠) كتاب البيوع ، الحديث (٢٩) و (٣٠) ، والبيهقى (٦/ ١١٢) كتاب القراض : باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه ، من حديث عروة بن أبى الجعد البارقى .

وفى الباب عن حكيم بن حزام ؛ أنه فعل مثل ذلك أيضا مع النبى ﷺ ، وقد تقدم .

[عمدَةُ الشَّافعيِّ في هَذَا الموضُوعِ]

وعمدة الشافعي : النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، والمالكية تَحْملُهُ على بَيْعه لنفسه لا لغيره . قالوا : والدليل عل [ذلك] أن النَّهْيَ إنما ورد في حكَيم بْنِ حِزَامٍ، وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يَبِيعُ لنفسه ما ليس عنده .

وسبب الخلاف المسألة المشهورة : هل إذا ورد النَّهْيُ على سَبَبٍ حُمِلَ على سببه ، أو يعم ؟ فهذه هي أصول هذا القسم ،، وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو مُنْطَوٍ بالقوة في الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى أن يُفْرَدَ بالتكلم فيه ،، وإذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القولُ في الأحكامِ العامَّةِ للبيُوعِ الصحيحةِ .

* * *

الْقِسْمُ الثَّالِثُ :
[الْقَوْلُ] فِي الأَحْكَامِ الْعَامَّةِ لِلْبُيُوعِ الصَّحِيحَةِ

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلقٌ قريبٌ بالمسموع في أربع جمل .

الجملة الأولى : في أحكام وُجُودِ الْعَيْبِ في المبيعات .

والجملة الثانية : في الضمان [1] في المبيعاتِ متى ينتقلُ من ملك البائع إلى ملك المشتري .

والثالثة : في معرفة الأشياء التي تتبعُ المبيعَ مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه .

والرابعة : في اختلافِ المتبايعين ، وإن كان الأليق به « كتاب الأقضية » .. وكذلك أيضاً من أبوابِ أحكامِ البيوعِ الاسْتِحْقَاقُ ، وكذلك الشفعةُ هي أيضاً من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

(**الجملة الأولى**) وهذه الجملة فيها بابان : **الباب الأول** : في أحكام وُجُودِ العيوبِ في البيعِ المطلَقِ .

والباب الثاني : في أَحْكَامِهَا في البيعِ بشرط الْبَرَاءَةِ .

* * *

---

(١) في الأصل : الضدان .

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِي أَحْكَامِ الْعُيُوبِ فِي الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ

[الأصلُ فِي وُجُودِ الرَّدِّ بالْعَيْب]

والأصل في وجود الرد بالعيب : قوله تعالى : ﴿ **إلا أَنْ تَكُونَ تجارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾ [النساء : ٢٩] ، وحديث المصراة المشهور ، ولما كان القائمُ بالْعَيْبِ لا يخلو أنْ يقومَ في عقد يوجب الرد ، أو يقوم في عقد لا يوجبُ ذلك ، ثم إذا قَامَ في عقد يوجب الرد [(١)] فلا يَخْلُو أيضاً أن يقومَ بِعَيْبٍ يوجب حُكْماً أو لا يوجبه ، ثم إن قَامَ بعيب يوجب حُكْماً ، فلا يخلو المبيع أيضاً أن يكون قد حَدَثَ فيه تَغَيُّرٌ بعد البيع ، أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه ، فكَمْ أصنافُ التغيراتِ وما حكمها ؟ كانت الفصولُ المحيطةُ [بأصول هذا] [(٢)] الباب خَمْسَةً :

الفصل الأول : في معرفة الْعُقُودِ التي يجب فيها بِوُجُودِ العيب حكم من التي لا يجب [ذلك] [(٣)] فيها .

الثاني : في معرفةِ العيوبِ التي توجب الْحُكْمَ ، وما شَرْطُهَا الموجبُ للحكم فيها .

الثالث : في معرفةِ حكم الْعَيْبِ الموجِبِ إذا كان المبيعُ لم يتغير .

الرابع : في معرفة أصنافِ التغيراتِ الحادثة عند المشتري وحُكْمِهَا .

الخامس : في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ،، وإن كان أليق بكتاب الأقضية .

* * *

« الْفَصْلُ الأَوَّلُ :
فِي مَعْرِفَةِ الْعُقُودِ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا بِوُجُودِ الْعَيْبِ حُكْمٌ ، مِنَ الَّتِي لا يَجِبُ فِيهَا »

أما العقودُ التي يَجِبُ فيها بالعيبِ حُكْمٌ بِلا خلاف : فهي العقود التي المقصودُ منها

(١) فى الأصل : ذلك
(٢) فى الأصل : بهذا .
(٣) سقط فى الأصل .

المعاوضةُ ، كما أن العقودَ التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في أنها [(١)] لا تأثير للعيب فيها ، كالهباتِ لغير الثواب ، والصدقات [(٢)] .

وأما ما بين هذين الصنفين من الْعُقُود : أعني : ما جمع قصد الْمُكَارَمَةِ وَالْمُعَاوَضَةِ ، مثل : هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم [(٣)] فيها بِوُجُودِ الْعَيْبِ ، وقد قيل : يحكم به إذا كان العيبُ مُفْسِداً .

* * *

الْفَصْلُ الثَّاني :
فِي مَعْرِفَةِ الْعُيُوبِ الَّتِي تُوجِبُ الْحُكْمَ وَمَا شَرْطُهَا الْمُوجِبُ لِلْحُكْمِ فِيهَا

وفي هذا الفصل نظران : **أحدهما** : في العيوب التي توجب الحكم .

و[النظر] [(٤)] **الثاني** : في الشرط الموجب له .

[عُيُوبٌ فِي النَّفْسِ ، وَعُيُوبٌ فِي الْبَدَنِ]

النظر الأول : فأما العيوبُ التي توجب الحكم : فمنها عيوبٌ في النفس ، ومنها عيوب في [البدن] [(٥)] ، وهذه منها ما هي عيوبٌ بأن تشترط أضدادها في المبيع ، وهي التي تُسَمَّى عيوباً من قِبَلِ الشرط ، ومنها ما هي عيوبٌ توجب الحكم [وإن لم] [(٦)] يشترط وجودُ أضدادها في المبيع ، وهذه هي التي فَقْدُهَا نَقْصٌ في أَصْلِ الخلقة ،، وأما العيوب الأُخَرُ فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فَقْدُهَا نَقْصاً مثل : الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوبُ الجسمانيةُ منها ما هي في أَجْسَامِ ذَوَاتِ الأَنْفُسِ ، ومنها ما هي في غَيْرِ ذواتِ الأنفس .

[الْعُيُوبُ التي لها تَأْثِيرٌ فِي الْعَقْدِ]

والعيوبُ الَّتِي لها تأثيرٌ في العقد : هي عند الجميع ما نقص عن الخِلْقَةِ الطبيعية ، [أو عن] [(٧)] الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، وذلك يختلف بِحَسَبِ اختلاف الأزمانِ ، والعوائدِ ، [والأشخاص] [(٨)] ، فربما كان النقصُ في الخلقة فضيلةً في الشرعِ

---

(١) فى ط : أنه .
(٢) فى ط : الصدقة .
(٣) فى الأصل : يحكم .
(٤) سقط فى الأصل .
(٥) فى الأصل : الجسم .
(٦) فى الأصل : بأن .
(٧) فى الأصل : و .
(٨) سقط فى الأصل .

كَالخِفَاضِ في الإِمَاءِ ، وَالْخِتَانِ في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعاملُ الناسُ بِهِ وقع الخلافُ بين الفقهاء في ذلك ،، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلافُ فيه بين الفقهاء ؛ ليكون ما يَحْصُلُ من ذلك في نفس الفقيه [يعود] (١) كالقانون ، والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نَصا ممن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نَصٍّ فيه لغيره .

[مِنْ أَنْوَاعِ النَّقْصِ وُجُودُ الزِّنَا فِي العبيد]

فمن ذلك وجود الزنا في العبيد ، اختلف العلماء فيه : فقال مالك والشافعي : هو عَيْبٌ ، وقال أبو حنيفة : ليس بعيب ، وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفَّةُ . والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدينُ ، وذلك أن العيبَ بالجملة هو ما عاق فِعْلَ النفس ، أو فِعْلَ الجسم ، وهذا العائق قد يكون في الشيء ، وقد يكون من خَارِجٍ .

وقال الشافعي : ليس الدينُ ، ولا [الزوج] (٢) بعيب ، فيما أحسب .

[الْحَمْلُ فِي الأَمَةِ]

والحمل في [الأمة] (٣) عيبٌ عند مالكَ ، وفي كونه عيباً في الْوَخْشِ خلاف [في المذهب] (٤) .

[التَّصْرِيَةُ فِى الْحَيَوَانِ]

والتصرية عند مالك ، والشافعي : عيب ، وهو حَقْنُ اللبن في الثدي أياماً ، حتى يُوهِمَ ذلك [أن الحيوان ذُو لَبَنٍ غَزِيرٍ .

وحجتهم : حديث المصراة المشهور ، وهو قوله ﷺ : **« لا تَصُرُّوا] (٥) الإِبلَ وَالْبَقَرَ ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ : إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا ، وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ »**(١٠٠١) .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى ط : الزواج . (٣) فى ط : الرائعة .
(٤) فى الأصل : عند مالك . (٥) سقط فى الأصل .

(١٠٠١) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٣) كتاب البيوع : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، الحديث (٩٦) ، والبخارى (٤/ ٣٦١) كتاب البيوع : باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ، الحديث (٥٠/ ٢) ، ومسلم (٣/ ١١٥٥) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، الحديث (١١/ ١٥١٥) ، وفى (٣/ ١١٥٨ - ١١٥٩) باب حكم بيع المصراة ، الحديث (٢٦/ ١٥٢٤) ، وأبو داود (٣/ ٧٢٢) كتاب البيوع والإجارات : باب من اشترى مصراة فكرهها ، الحديث (٣٤٤٣) ، والنسائى (٧/ ٢٥٣) كتاب البيوع : باب النهى عن المصراة ، والحميدى (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٨) ، والدارقطنى (٣/ ٧٥) رقم (٢٨٣) ، والبيهقى (٥/ ٣١٨) كتاب البيوع : باب الحكم فيمن اشترى مصراة، وأحمد (٢/ ٢٤٢ ، ٣٩٤ ، ٤١٠ ، ٤٦٥) من طرق عن أبى هريرة به .

قالوا : فأثبت له الخيارَ بالرد مع التَّصْرِيَةِ ، وذلك دَالٌّ على كونه عَيْباً مؤثِّراً . قالوا : وأيضاً فإنه مُدَلِّسٌ ، فأشبه التدليسَ بسائر العيوب .

[رَأيُ أَبي حَنِيفَةَ فِي التَّصْرِيَةِ ، وحديثها ، والرد عليه]

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصريَةُ عيباً ؛ للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شَاةً ، فخرج لبنها [قليلاً] (١) أن ذلك ليس بعيب ، قالوا : وحديث الْمُصَرَّاةِ يجب ألا يوجب عملاً ؛ لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مُفَارِقٌ للأصول [من وجوه ، فمنها : أنه معارض لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** » (١٠٠٢)] (٢) وهو

---

(١) سقط فى الأصل .

(١٠٠٢) أخرجه الشافعى (٢/ ١٤٣ - ١٤٤) كتاب البيوع : باب فيما نهى عنه من البيوع ، الحديث (٤٧٩) ، والطيالسى (ص : ٢٠٦) ، الحديث (١٤٦٤) ، وأحمد (٦/ ٤٩ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧) ، وأبو داود (٣/ ٧٧٧ - ٧٧٩) كتاب البيوع والإجارات : باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم يجد به عيبا ، الحديث (٣٥٠٨) ، والنسائى (٧/ ٢٥٤ - ٢٥٥) كتاب البيوع : باب الخراج بالضمان ، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات : باب الخراج بالضمان ، الحديث (٢٢٤٢) ، وابن الجارود (ص: ٢١٢ - ٢١٣) أبواب القضاء فى البيوع ، الحديث (٦٢٧) ، والدارقطنى (٣/ ٥٣) كتاب البيوع ، الحديث (٢١٤) ، والحاكم (٢/ ١٥) كتاب البيوع : باب الخراج بالضمان ، والبيهقى (٥/ ٣٢١) كتاب البيوع : باب المشترى يجد بما اشتراه عيبا ، والعقيلى فى « الضعفاء » (٤/ ٢٣١) ، والبغوى فى «شرح السنة » (٤/ ٣٢١ - بتحقيقنا) من رواية ابن أبى ذئب ، عن مخلد بن خفاف الغفارى عن عروة، عن عائشة ، عن النبى ﷺ به .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح غريب ، وقد توبع مخلد بن خفاف ،تابعه هشام بن عروة:

أخرجه أحمد (٦/ ٨٠ ، ١١٦) وأبو داود (٣/ ٧٨٠) كتاب البيوع والإجارات : باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، الحديث (٣٥١٠) ، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات : باب الخراج بالضمان ، الحديث (٢٢٤٣) ، وابن الجارود فى « المنتقى » (ص : ٢١٢) أبواب القضاء فى البيوع ، الحديث (٦٢٦) ، والعقيلى فى « الضعفاء » (٤/ ٢٣١) ، وأبو يعلى (٨/ ٨٢ - ٨٣) رقم (٤٦١٤) ، وابن حبان (١١٢٦ - موارد) ، والدارقطنى (٣/ ٥٣) كتاب البيوع ، الحديث (٢١٣) ، والحاكم (٢/ ١٥) كتاب البيوع : باب الخراج بالضمان ، والبغوى فى شرح السنة (٤/ ٣٢٠ - بتحقيقنا) من طريق مسلم بن خالد الزنجى ، عن هشام بن عروة عن أبيه ، عن عائشة : « أن رجلا اشترى غلاما فى زمن النبى ﷺ ، وبه عيب لم يعلم به ، فاستعمله ، ثم علم العيب فرده ، فخاصمه إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله إنه استعمله منذ زمن ، فقال رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمان»، وقال بعضهم : « الغلة بالضمان » ، قال الحاكم : (صحيح الإسناد) ، ووافقه الذهبى ، ومسلم بن خالد الزنجى فيه ضعف لكنه توبع ، تابعه خالد بين مهران :

أخرجه الخطيب (٨/ ٢٩٧ - ٢٩٨) ، وتابعه أيضا عمر بن على :

أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٥/ ١٧٠٢) ، والبيهقى (٥/ ٣٢٢) .

(٣) سقط فى الأصل .

أصل متفق عليه ، ومنها : أن فيه [مُعَارَضَةَ منع] [(١)] بيع طعامٍ بطعامٍ نَسِيئَةً ؛ وذلك لا يجوز باتفاق ، ومنها : أن الأصلَ في المتلفات ؛ إما القيم ، وإما المثل ، وإعطاءُ صَاعٍ من تمر في لبن ليس قِيمَةً ، ولا مِثْلاً ، ومنها : بيعُ الطعام المجهول ، أي : الْجُزَافُ بالْمَكيلِ المعلوم ؛ لأن اللبن الذي دَلَّسَ به البائع غيرُ معلومِ الْقَدْرِ ، وأيضاً فإنه يَقِلُّ ويَكْثُرُ ، والعوض ههنا محدودٌ ،، ولكن الواجبَ أن يُسْتَثْنَى هذا من هذه الأصول كُلِّهَا لموضع صحة الحديث .

وهذا كأنه ليس من هذا الباب ، وإنما هو حكم خَاصٌّ ، ولكن اطَّرَدَ إليه القول ، فلنرجع إلى حيث كنا نقول .

[عُيُوبٌ مُؤَثِّرَةٌ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ]

إنه لا خلاف عندهم في الْعَوَرِ ، والعمى ، وقطع اليد والرجل ؛ أنها عيوب مؤثرة ، [وكذلك المرضُ في أي عُضْوٍ كان ، أو كان في جُمْلَةِ الْبَدَنِ] [(٢)] ، والشيبُ في المذهب عَيْبٌ في الرائعة .

وقيل : لا بأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضةُ عيبٌ في الرقيق ، والْوَحْشِ ، وكذلك ارتفاعُ الحيض عيبٌ في المشهور من المذهب ، وَالزَّعَرُ عيبٌ ، وأمراضُ الحواسِّ ، والأعضاء كُلُّها عيبٌ باتفاق ،، وبالجملة : فأصل المذهب أن كُلَّ ما أثر في القيمة ، أعني : نقص منها فهو عيب ، والبولُ في الفِرَاشِ عَيْبٌ ، وبه قال الشافعي ،، وقال أبو حنيفة : تُرَدُّ الجاريةُ به ، ولا يردُّ العبد به ، والتأنيث في الذكر [(٣)] ، والتذكير في الأنثى [عَيْبٌ] [(٤)] ،، هذا كله في المذهب ، إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

[شرطُ العيبِ الموجبِ للْحُكْمِ بِهِ]

النظر الثاني : وأما شرطُ العيبِ الموجبُ للحكم به فهو : أن يكون حادثاً قبل أَمَدِ التبايع باتفاق ، أو في العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نَذْكُرَ اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول :

[الْعُهْدَةُ عند مالك مَا هِيَ ؟ وَمَا مُدَّتُهَا ؟]

انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وَسَلَفُهُ في ذلك أهلُ المدينة الفقهاء السبعة ، وغيرهم ،، ومعنى العهدة : أن كُلَّ عيب حدث فيها عند المشتري فَهُوَ من

---

(١) سقط فى الأصل .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : الذكر العبد .
(٤) سقط فى الأصل .

البائع ، وهي عند القائلين بها عُهْدَتَانِ : عهدةُ الثلاثة الأيام ؛ وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري ، وعهدة السَّنة ؛ وهي من العيوب الثلاثة : الْجُذَامِ ، وَالْبَرَصِ، والْجُنُونِ ، فما حَدَثَ في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضَمَانِ المشتري على الأصل .

وعهدة الثلاث (١) عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار ، وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها ، والضمان من البائع ،، وأما عهدةُ السَّنةِ فالنفقةُ فيها ، والضمانُ من المشتري إلا من الأدواء الثلاثة ، [وهذه] (٢) العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعةٌ في أصنافِ البيوع في كل ما القصد منه الْمُمَاكَسَةُ ، وَالْمُحَاكَرَةُ ، وكان بيعاً لا في الذمة . هذا ما لا خلاف فيه في المذهب ، واخْتُلِفَ في غير ذلك ،، وعهدةُ السَّنةِ تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب ، وزمانُ المواضعة يتداخل مع عهدة [الثلاث](٣) إن كان زَمَانُ المواضعة أطولَ من عُهْدَةِ الثلاثة ، وعهدةُ السَّنةِ لا تتداخل مع عهدة الاستبراء ،، هذا هو الظاهرُ من المذهب ، وفيه اختلاف .

وقال الفقهاءُ السبعةُ : لا يتداخل منها عهدةٌ مع ثانية ، فعهدةُ الاسْتِبْرَاءِ أولاً ، ثم عهدة الثلاثة ، ثم عهدة السنة .

[هَلْ تَلْزَمُ الْعُهْدَةُ فِي كُلِّ الْبِلادِ ؟]

واختلف أيضاً عن مالك : هل تلزم العهدةُ في كل البلاد من غير أن يُحْمَلَ أهلها عليها ؟ فَرُوِيَ عنه الوجهان : فإذا قيل : لا يلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد حُمِلُوا على ذلك ، فهل يجب أن يُحْمَلَ عليها أَهْلُ كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب .

[مَتَى يَلْزَمُ النَّقْدُ فِي الْعُهْدَة ؟]

ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عُهْدَةِ السَّنة ، والعلةُ في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع ؛ قياساً على بيع الخيار ؛ لتردد (٤) النقد فيها بين السَّلَفِ والبيع . فهذه كلُّهَا مشهوراتُ أحكامِ العهدة في مذهب مالك ، وهي كُلُّهَا فروعٌ مبنيةٌ على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج الْمُثْبِتِينَ لها ، وَالْمُبْطِلِينَ .

---

(١) فى ط : الثلاث .
(٢) فى الأصل : هى .
(٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : بتردد .

[عُمْدَةُ مالك في الْعُهْدَة]

وأما عمدة [1] **مالك - رحمه الله - في العهدة**، وحجته التي عوّل عليها: فهي عمل أهل المدينة.

[قَوْلُ أَصْحَابِ مالك في الْعُهْدَة]

وأما أصحابه المتأخرون: فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي ﷺ قال: « **عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ** »، وروي أيضاً « **لا عُهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ** » (١٠٠٣)،

---

(١) فى الأصل: عند.

(١٠٠٣) أخرجه أحمد (٤/ ١٥٢)، والحاكم (٢/ ٢١) كتاب البيوع: باب لا عهدة فوق أربع، والبيهقى (٥/ ٣٢٣) كتاب البيوع: باب ما جاء فى عهدة الرقيق، من طريق سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: « عهدة الرقيق ثلاث ليال ».

أخرجه أحمد (٤/ ١٥٢)، والدارمى (٢/ ٢٥١) كتاب البيوع: باب فى الخيار والعهدة، وأبو داود (٣/ ٧٧٦ - ٧٧٧) كتاب البيوع والإجارات: باب فى عهدة الرقيق، الحديث (٣٥٠٦) و (٣٥٠٧)، من طريق قتادة به مثله إلا أنه قال: « ثلاثة أيام ».

أخرجه أحمد (٤/ ١٤٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات: باب عهدة الرقيق، الحديث (٢٢٤٥)، والحاكم (٢/ ٢١) كتاب البيوع: باب لا عهده فوق أربع، والبيهقى (٥/ ٣٢٣) كتاب البيوع: باب ما جاء فى عهدة الرقيق، والخطيب فى التاريخ (٥/ ٨٤)، من رواية هشيم عن يونس، عن الحسن، عن عقبة بلفظ: « لا عهدة بعد أربع ».

وأخرجه أبو داود الطيالسى (ص: ١٢٢)، الحديث (٩٠٨)، والحاكم (٢/ ٢١ - ٢٢) كتاب البيوع: باب لا عهدة فوق أربع، والبيهقى (٥/ ٣٢٣) كتاب البيوع: باب ما جاء فى عهدة الرقيق، من رواية هشام الدستوائى عن قتادة، عن الحسن، عن عقبة: « عهدة الرقيق أربعة أيام »، وقال بعضهم: « أربع ليال »، وقال الطيالسى: (عن هشام به عن سمرة أو عقبة بن عامر) على الشك.

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٤) كتاب التجارات: باب عهدة الرقيق، الحديث (٢٢٤٤)، من طريق عبدة عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة: « عهدة الرقيق ثلاثة أيام ».

وقال الحاكم: عقب حديث عقبة: (حديث صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال؛ فإن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر)، وقال البيهقى: (مدار هذا الحديث على الحسن عن عقبة بن عامر مرسل. قال ابن المدينى: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا، وكذا قاله جماعة من أئمة أهل النقل) أ.هـ.

قال ابن أبى حاتم فى « العلل » (١/ ٣٩٥) رقم (١١٨٤): سئل أبى عن حديث الحسن بن سمرة والحسن عن عقبة بن عامر عن النبى ﷺ قال: « عهدة الرقيق ثلاث » قال أبى: ليس هذا الحديث عندى بصحيح، وهذا عندى مرسل.

وقال الخطابى فى معالم السنن (٣/ ١٤٧): (وضعف أحمد بن حنبل « عهدة الثلاث فى الرقيق »، وقال: لايثبت فى العهدة حديث، وقالوا: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئاً، فالحديث مشكوك فيه، فمرة قال: عن سمرة، ومرة قال: عن عقبة).

وروي هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة ابن جندب الفزاري - رضي الله عنه -، وكلا الحديثين عند أهلَ [العلم] (١) معلول ، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذي قد صححه .

[قَوْلُ مَنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِالْعُهْدَةِ]

وأما سائرُ فقهاء الأمصار : فلم يصح عندهم في العهدة أَثَرٌ ، ورأوا أنها [لو صحت](٢) مخالفةٌ للأصول ؛ وذلك أن المسلمين مُجْمِعُونَ على أن كُلَّ مصيبة تنزل بالمبيع بعد قَبْضِه ، فهي من المشتري ، فالتخصيصُ لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يَقْضِيَ بها في كُلِّ بَلَدٍ، إلا أن يكونَ ذلك عُرْفاً في البلد ، أو يشترط ، وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يَأْتِ في ذلك أثر ،، وروي الشافعي عن ابن جريج قال : سألتُ ابْنَ شِهَابٍ عن عهدة السنة والثلاث ، فقال : ما علمت فيها أَمْراً سَالِفاً .

وإذ قد تقرر القولُ في تمييز الْعُيُوبِ التي توجب حكماً من التي لا توجبه ، وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيبُ حَادِثاً قبل البيع ، أو في العهدة عند من يرى الْعُهْدَةَ ، فلنصر إلى ما بقي .

* * *

الْفَصْلُ الثَّالِثُ :
فِي مَعْرِفَةِ حُكْمِ الْعَيْبِ الْمُوجِبِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ لَمْ يَتَغَيَّرْ

وإذا وُجِدَت الْعُيُوبُ : فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري ، فلا يخلو أن يكون في عَقَارٍ ، أو عُرُوضٍ ، أو في حيوان .

[إِذَا كان الْعَيْبُ فِي حَيَوانٍ]

فإن كان في حَيَوانٍ فلا خلافَ أن المشتري مخيَّرٌ بين أن يَرُدَّ المبيع (٣) ، ويأخذ ثمنه، أو يمسك ، ولا شيء له .

---

(١) فى الأصل : النقل . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : البيع .

[إذَا كان فِي عقَار]

وأما إن كان في عقار : فمالك يفرِّقُ في ذلك بينَ العيب اليسير ، والكثير ؛ فيقول: إن كان العيبُ يسيراً لم يجب الردُّ ، ووجبت قيمةُ العيب ، وهو [الأَرْش] (١) ، وإن كان كثيراً وَجَبَ الرَّدُّ ،، هذا هو الموجود المشهور في كُتُبِ أصحابه .

ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل .

[الْعَيْبُ فِي الْعُرُوضِ]

وأما الْعُرُوضُ : فالمشهور في المذهب [أنها ليست في هذا الحكم بمنزلَة الأصول ، وقد قيل : إنها بمنزلةِ الأصول في المذهب] (٢) ، وهذا الذي كان يَخْتَارُهُ الفقيهُ [أبو بكر] بن رزق شيخ جدي - رحمة الله عليهما - ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول ، والعروض ، وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين الْعَيْب الكثير ، والقليل في الأصول ، أعني : أن يفرق في ذلك أيضاً في العروض ، والأصلُ أن كل ما حط القيمة ؛ أنه يجب [به] الرد ، وهو الذي عليه فقهاءُ الأمصار ، ولذلك لم يُعَوِّل البغداديون - فيما أحسب - على التفرقة التي قيلت في الأُصُولِ ، ولم يختلف قَوْلُهُمْ في الحيوان : إنه لا فرق فيه بين العيب القليل ، والكثير .

[الْقَوْلُ فِي إِعْطَاءِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي قِيمَةَ الْعَيْبِ]

« **فصل** » وإذ قد قلنا : إن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه ، أو يمسك، ولا شيء له ،، فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ، ويعطيه البائع قِيمَةَ العيب ، فَعَامَّةُ فقهاءِ الأمصار يجيزون ذلك إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي ، فإنه قال : ليس لهما ذلك ؛ لأنه خِيَارٌ في مَالٍ ، فلم يكن له إسقاطه بعوض ، كخيار الشفعة .

قال القاضي عبد الوهاب: وهذا غَلَطٌ ؛ لأن ذلك [حقٌّ] (٣) للمشتري ، فله أن يَسْتَوْفِيَهُ ، أعني : أن يرد ، ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوِضَ على تَرْكِهِ ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد (٤) لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عِوَضٍ يأخذه ، وهذا لا خلاف فيه ، وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التَّبْعيضِ .

[إِذَا اشْتَرَى أَنْوَاعاً فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَوَجَدَ عَيْباً فِي أحدها]

أحدهما : هل إذا اشترى المشترِي أنواعاً من المَبيِّعات في صفقة واحدة ، فوجد أحدها

---

(١) فى الأصل : الأكثر .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : حظ .
(٤) فى الأصل : مشاهد .

معيباً ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذي وَجَدَ فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميعَ ، أو يمسك ؛ وبه قال أبو ثور ، والأوزاعي ، إلا أن [يكون] [١] قد سمي ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لا خلاف فيه ؛ أنه يرد المعيب بعينه فقط، وإنما الخلاف إذا لم يُسَمِّ ،، وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن ، وذلك بالتقدير ، وممن قال بهذا القول [سفيان] [٢] الثوري ، وغيره ، وروي عن الشافعي القولان [معاً]. وفرق مالك - فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وَجْهَ الصفقة والمقصودَ بالشراء ، رَدَّ الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة ، رده بقيمته ،، وفرق أبو حنيفة تفريقاً آخر ، وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد [الجميع] [٣] ، وإن وجده بعد القبض رَدَّ المعيب بحصته من الثمن .

[أَقْوَالٌ أربعةٌ في هذه المسألة ، ودليلُ كُلِّ قَوْل]

ففي هذه المسألة أربعة أقوال : فحجةُ من منع التبعيض في الرد ؛ أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يَتَّفِقَا عليها، ويمكن أنه لو بُعِّضَتِ السلعة لم يَشْتَرِ البعضَ بالقيمة التي أقيم بها ، وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولا بد ؛ فلأنه موضعُ ضرورة ، فأقيم فيه التقويمُ والتقديرُ مقامَ الرضا ؛ قياساً على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة .

وأما تفريق مالك بين ما هو وجهُ الصفقة أو غيرُ وجهها فاستحسان منه ؛ لأنه رأى أن ذلك المعيبَ إذا لم يكن مقصوداً في المبيع ، فليس كبير ضرر في ألا يوافقَ الثمن الذي أقيم به إرادة المشتري والبائع ،، وأما عندما يكون مَقْصُوداً أُو جُلّ المبيع فيعظم الضرر في ذلك.

واختلف عنه هل يعتبر تأثيرُ العيبِ في قيمة الجميع ، أو في قيمة المعيب خاصة ؟ وأما تفريقُ أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ؛ فلأن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع [٤] فضمانُهُ عنده من البائع ، وَحُكْمُ الاسْتِحْقَاقِ في هذه المسألة حكم الرد بالعيب .

[إذَا ابْتَاعَ رَجُلانِ شَيْئاً في صَفْقَة فَيَجِدَان بها عيباً]

وأما المسألة الثانية : فإنهم اختلفوا أيضاً في رَجُلَيْنِ يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة

(١) فى الأصل : يكونا .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : البيع .
(٤) فى الأصل : المعيب .

واحدة ، فيجدان به عيباً ، فيريد أحدهما الرجوعَ ويأبى الآخرُ ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل : ليس له أن يرد ، فمن أوجب الرَّدَّ ، شبهه بالصفقتين المفترقتين ؛ لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ، ومن لم [يوجبه] (١)، شَبَّهَهُ بِالصَّفْقَةِ الواحدة إذا أَرَادَ الْمُشْتَرِي فيها تَبْعِيضَ رد المبيع بالعيب .

* * *

الْفَصْلُ الرَّابِعُ : في مَعْرِفَةِ أَصْنَافِ التَّغَيُّرَاتِ الْحَادِثَةِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، وَحُكْمِهَا

وأما إن تغيَّرَ المبيع عند المشتري ، ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده ، فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب [التَّغَيُّر] (٢) .

[إذَا تَغيَّرَ بموت ، أو فساد ، أو عتق]

فأما إن تغير بموت ، أو فساد ، أو عتق : ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب .

وقال عطاء بن أبي رباح : لا يرجع في الموت والعتق بشيء ، وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فَأَوْلَدَهَا ، وكذلك التدبير عندهم ، وهو القياس في الكتابة ،، وأما تغيره في البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي : إذا باعه لم يرجع بِشَيْءٍ، وكذلك قال الليث .

وأما مالك فله في البيع تفصيل ؛ وذلك أنه لا يَخْلُو أن يبيعه من بائعه منه ، أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضاً أن يبيعه بمثل الثمن ، أو أقل ، أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رُجُوعَ له بالعيب ، وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بِقِيمَةِ العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نُظِرَ ، فإن كان البائع الأول مُدَلِّساً ، أي : عالماً بالعيب، لم يرجع الأول على الثاني بشيء، وإن لم يكن مدلساً رجع الأوَّلُ على الثاني في الثمن ، والثاني على الأول أيضاً ، وينفسخ البيعان ، ويعود المبيع إلى مِلْكِ الأول ، فإن باعه من غير بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبي حنيفة ، والشافعي .

---

(١) في الأصل : يجزه .

(٢) في الأصل : تغير سنه .

وقال ابن عبد الحكم : له الرجوعُ بقيمة الْعَيْبِ .

وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب ، أو بقيمة الثمن . هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن ، أو أكثر ؛ وبه قال عثمان البتي .

وَوَجْهُ قول ابن القاسم ، وَالشَّافعي ، وَأَبي حنيفة ؛ أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير أن يَعْتَبِرَ تأثيراً بالعيب في ذلك الْعِوَضِ الذي هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بِعَيْبٍ رَجَعَ هو على البائع الأول بلا خلاف .

وَوَجْهُ القولِ الثَّاني : تشبيهه البيع بالعتق . ووجه قول أشهب وعثمان [البتى] [1] : أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعَهُ فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نَقَصَ إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب .

وقال مالك : إن وَهَبَ أو تَصَدَّقَ رَجَعَ بقيمةِ العيبِ ،، وقال أبو حنيفة : لا يرجع ؛ لأن هبته ، أو صدقته تفويتٌ [للملك بغير عوض ، ورضىً منه] [2] بذلك طلباً للأجر ، فيكون رِضَاهُ بإسقاط حَقِّ العيب أَوْلَى ، وأحرى بذلك .

وأما مالكٌ فقاس الْهِبَةَ على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك إذا فات ، ولم يمكنه الرد ؛ لأن إِجْمَاعَهُمْ على أنه إذا كان في يده ، فليس يجب له إلا الرد ، أو الإمساك - دَلِيلٌ على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن، وإنما له تأثير في فَسْخِ البيع فقط .

[حُكْمُ الْعُقُودِ الَّتي يَتَعَاقَبُهَا الاسْتِرْجَاعُ]

وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع ؛ كالرهن ، والإجارة : فاختلف في ذلك أصحاب مالك : فقال ابن القاسم : لا يمنع ذلك من الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ،، وقال أشهب : إذا لم يكن زَمَانُ خروجِه عن يده زماناً بعيداً كان له الرَّدُّ بالعيب . وقول ابن القاسم أَوْلَى ،، والهبة للثواب عند مالك ؛ كالبيع في أنها فَوْتٌ . فهذه هي [الأحوال][3] التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها ، وأحكامها .

* * *

(١) سقط فى ط . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : الأصول .

بَابٌ :
فِي طُرُوِّ النُّقْصَانِ

وأما إن طَرَأَ على المبيعِ نَقْصٌ فَلا يخلُو أن يكون النقصُ في قيمته ، أو في البدن ، أو في النفس .

[إِذَا طَرَأَ نُقْصَانٌ فِي الْقِيمَةِ]

فأما نقصانُ الْقِيمَة لاختلاف الأسواق : [فغير] [(١)] مؤثر في الرد بالعيب بإجماع .

[النُّقْصَانُ الْحَادِثُ فِي الْبَدَنِ]

وأما النقصانُ الحادثُ في الْبَدَنِ : فإن كَانَ يسيراً غيرَ مُؤَثِّرٍ في القيمة ، فلا تأثير له في الرَّدِّ بالعيب ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الذي لم يَحْدُثْ ، وَهَذا نَصٌّ مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة ، [فاختلف] [(٢)] الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه ليس له أن يرجع إلا بِقِيمَةِ الْعَيْبِ فقط ، وليس له غير ذلك إذا أبى البائعُ من الرد . وبه قال الشافعي في قوله الجديد ، وأبو حنيفة .

وقال الثوري : ليس له إلا أن يَرُدَّ ، ويرد مقدار العيبِ الذي حَدَثَ عندَهُ ؛ وهو قول الشافعي الأول .

والقول الثالث : قول مالك ، إن المشتري بالخيار [(٣)] بين أن يمسك ويضعَ عنه البائعُ من الثمن قَدْرَ العيب ، أو يرده على البائع ويعطيه ثَمَنَ العيب الذي حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري : أنا أقبض المبيعَ ، وَتُعْطِي أَنْتَ قيمةَ العيب الذي حَدَثَ عِنْدَكَ ، وقال المشتري : بل أنا أُمْسِكُ [المبيع] [(٤)] وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، فالقول قول المشتري ، والخيار له ، وقد قيل في المذهب : القولُ قولُ البائع ، وهذا إنما يَصِحُّ على قول من يرى : أنه ليس للمشتري إلا أن يمسك أو يرد ما نقص عنده ،، وشذ أبو محمد بن حزم ، فقال له : أن يرد،ولا شيء عليه.

وأما حجةُ من قال : إنه ليس للمشتري إلا أن يرد ، ويرد قيمة العيب أو يمسك؛ فلأنه قد أَجْمَعُوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عَيْبٌ عند المشتري ،فليس له إلا الردُّ ،

---

(١) فى الأصل : غير .
(٢) فى الأصل : فهنا اختلف .
(٣) فى الأصل : مخيَّر .
(٤) فى الأصل : المعيب .

فوجب استصحابُ حالِ هذا الحكم ، وإن حَدَثَ عند المشتري عَيْبٌ مع إعطائه قيمةِ العيب الذي حدث عنده .

وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشيء ، وإنما له قيمة العيب الذي كان عند البائع ، فقياساً على الْعِتْقِ والموتِ ، لكن هذا الأصل غيرُ مُجْمَعٍ عليه ، وقد خالف فيه عطاء .

وأما مالك : فلما تعارض عنده حَقُّ البائع وحق المشتري ، غَلَّبَ المشتري ، وجعل له الخيار ؛ لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مُفَرِّطاً في أنه لم يَسْتَعْلِمِ العيبَ ، ويُعْلِمْ به المشتري ، أو يكون عَلِمَهُ فَدَلَّسَ به على المشتري .

وعند مالك أنه إذا صَحَّ أنه دلس بالعيب ، وجب عليه الرد من غير أن يَدْفَعَ إليه المشتري قيمةَ العيب الذي حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضَمَانُهُ على البائع، بخلاف الذي لم يثبت أنه دَلَّسَ فيه .

وأما حجةُ أبي محمد : فلأنه أَمرٌ حدث من عند الله ، كما لو حدث في ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دَالٌّ على أن البيع لم ينعقد في نَفْسه ، وإنما انعقد في الظاهر ، وأيضاً فلا كتاب ، ولا سنة يوجب على مكلَّف غُرْمَ ما لَم يكن له تأثيرٌ في نقصه ، إلا أن يكون على جِهَةِ التغليظ عند من ضَمَّنَ الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ،، فهذا حكمُ العيوب الحادثة في البدن .

[الْعُيُوبُ التي في النَّفْسِ]

وأما العيوب التي في النفس ؛ كالإِبَاقِ ، والسَّرِقَة : فقد قيل في المذهب : إنها تفيت الرد كعيوب الأبدان .

وقيل : لا ،، ولا خلاف أن العيبَ الحادثَ عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه ؛ أنه لا تأثيرَ له في الرد إلا أَلا تُؤْمَنَ عَاقِبَتُهُ .

[إِذَا وَطِيءَ المشتري الجاريَةَ ، ثُمَّ ظَهَرَ بها عَيْبٌ]

واختلفوا من هذا الباب في المشتري يَطَأُ الجارية ، فقال قوم : إذا وطيء فليس له الرد، وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بِكْراً أو ثيباً ؛ وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يرد بقيمة الوطء في البكر ، ولا يردها في الثَّيِّبِ .

وقال قوم : بل يردها ، ويرد مهر مثلها . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى .

وقال سفيان الثوري : إن كانت ثيباً رَدَّ نصفَ الْعُشْرِ من ثمنها ، وإن كانت بكراً رد الْعُشْرَ من ثمنها ،، وقال مالك : ليس عليه في وَطْءِ الثيب شيء ؛ لأنه غِلَّةٌ وجبت له

بالضمان ، وأما البكرُ فهو عيبٌ يُثْبِتُ عنده للمشتري الخيارَ على ما سَلَفَ من رأيه ،، وقد رُوِيَ مثلُ هذا القول عن الشافعي .

وقال عثمان البتي : الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر في القيمة رَدَّ البائعُ ما نَقَصَ ، وإن لم يكن له أثر لم يَلْزَمْهُ شيء ،، فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات .

[الزِّيَادَةُ الْحَادِثَةُ فِي الْمَبِيعِ إِذَا وُجِدَ بِهِ عَيْبٌ]

أما الزيادةُ الحادثةُ في المبيعِ : أعني : المتولدةَ المنفصلةَ منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي إلى أنها غير مُؤَثِّرَة في الرَّدِّ ، وأنها للمشتري ؛ لعموم قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** » (١) .

وأما مالك فاستثنى من ذلك الولدَ ، فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري إلا الرد للزائد مع الأصل ، أو الإمساك .

وقال أبو حنيفة : الزوائد كُلُّهَا تمنع الرد ، وتوجب أَرْشَ العيب إلا الغلة والكسب ، وحجته : أن ما تَوَلَّدَ عن المبيع دَاخِلٌ في العقد ، فلما لم يكن رَدُّهُ وردُّ مَا تولَّدَ عنه ، كان ذلك فَوْتاً يقتضي أَرْشَ العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة ، وأما الزيادةُ الحادثةُ في [نفس] (٢) المبيع الغيرُ المنفصلةُ عنه ؛ فإنها إن كانت مثل : الصَّبْغِ في الثوْب ، والرَّقْمِ في الثوب ، فإنها تُوجِبُ الخيارَ في المذهب ، إما في الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما في الرد وكونه شريكاً معَ البائع بقيمة الزيادةِ ،، وأما النَّمَاءُ في البدن مثل السِّمَنِ ، فقد قيل في المذهب : يثبت به الخيار للمشتري : وقيل : لا يثبت ، وكذلك النقص الذي هو الْهُزَالُ ،، فهذا هو القول في حكم التغيير .

* * *

---

(١) تقدم .

(٢) فى الأصل : قبض .

الْفَصْلُ الْخَامسُ :
في الْقَضَاء في اخْتلاف الْحُكْم عنْدَ اخْتلاف الْمُتَبَايعيْن

[صِفَةُ الْحُكمِ في القَضاءِ بِهَذه الأَحْكَامِ]

وأما صفةُ الحكمِ في القضاء بهذه الأحكام : فإنه إذا تَقَارَّ البائعُ والمشترِي على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا ، وَجَبُ [الحكمُ] [١] الخاصُّ بتلك الحال .

[إنْ أَنْكرَ الْبَائعُ دَعْوَى الْقَائم]

فإن أنكر البائع دَعْوَى القائم : فلا يخلو أن يُنْكِرَ وُجُودَ العيب ، أو ينكر حدوثه عنده. فإن أنكر وجود العيب بالمبيع ، فإن كان العيب يستوي في إدراكه جَميعُ الناس ، كفى في ذلك شاهدان عَدْلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة [ما] [٢] ، شهِدَ به أهلُ تلك الصناعة ، فقيل في المذهب : عدلان ، وقيل : لا يشترطٍ في ذلك العدالة ، ولا العدد ، ولا الإسلام، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مُؤثِّراً في القيمة ، وفي كونه أيضاً قبل أَمَدِ التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشتري بيِّنَةٌ حَلَفَ البائعُ ؛ أنه ما حدث عنده ، [وإن كانت] [٣] له بينة على وُجُودِ العيب بالمبيع لم يجب له يَمينٌ على البائع ،، وأما إذا وجب الأَرْشُ فوجه الحكم في ذلك أن يقومَ الشيء سليماً ، ويقوم معيباً ويرد المشتري ما بين ذلك ، فإن وَجَبَ الخيارُ قُوِّمَ ثلاثُ تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بِالْعَيْبِ الحادث عند المشتري، فيرد البائع من الثمن ، ويسقط عنه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشتري الرد ، وأحب الإمساك ، رد البائع من الثمن ما بين القيمةِ الصحيحةِ والمعيبة عِنْدَهُ ،، والله أعلم .

* * *

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : مما .

(٣) فى الأصل : وأما إن لم تكن .

الْبَابُ الثَّاني : فِي بَيْعِ الْبَرَاءَةِ

[صُورَةُ بَيْعِ البراءَةِ ، وَقَوْلُ الفقهاء فيه]

اختلف العلماء في جواز هذا البيع : وصورته : أن يشترِطَ البائعُ على المشتري [التزام][1] كل عيب يجده في المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عَيْبٍ ، سواء علمه البائعُ أو لم يعلمه ، سَمَّاهُ أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره؛ وبه قال أبو ثور .

وقال الشافعي في أشهر قوليه ، وهو [المنصور] [2] عند أصحابه : لا يبرأ البائعُ إلا من عيب يُرِيهِ للمشتري ؛ وبه قال الثوري .

وأما مالك فالأشهر عنه : أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ؛ وذلك في الرقيق خاصة ، إلا البراءةَ من الْحَمْلِ في الجواري الرَّائِعَات ، فإنه لا يجوز عنده ؛ لعظم الْغَرَرِ فيه ، ويجوز في الْوَخْشِ ، ، وعنه في رواية ثانية : أنه يجوز في الرقيق والحيوان ، وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي ، وقد رُوِيَ عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط .

[وقيل : في بيع السلطان] [3] ، وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة.

[حُجَّةُ من رأى القولَ بالْبَرَاءَةَ]

وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق : أن القيام بالعيب حَقٌّ من حقوق المشتري قبل البائع ، فإذا أسقطه سَقَطَ أَصْلُهُ كسائر الحقوق الواجبة .

[حُجَّةُ من لم يَقُلْ بِبَيْعِ الْبَرَاءَةَ]

وحجة من لم يُجزْهُ على الإطلاق : أن ذلك من باب الْغَرَرِ فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الْغَبْنِ وَالْغِشِّ [فيما] [4] علمه ؛ ولذلك اشترط جَهْلَ البائع مَالِكٌ .

---

(١) فى الأصل : إلزام .
(٢) فى الأصل : المشهور .
(٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : به .

وبالجملة : فعمدة مالك ما رواه في « الموطأ » : « **أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ غُلاماً لَهُ بِثَمَانمائَة دِرْهَم ، وَبَاعَهُ بِالْبَرَاءَة ، فَقَالَ الَّذي ابْتَاعَهُ لعَبْد الله بْنِ عُمَرَ : بِالْغُلام دَاءٌ لَمْ تُسَمِّه ، فَاخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : بَاعَني عَبْداً ، وَبِه دَاءٌ لَمْ يُسَمِّه لي ، وَقَالَ عَبْدُ الله : بِعْتُهُ بِالْبَرَاءَة ، فَقَضَي عُثْمَانُ عَلَى عَبْد الله أَنْ يَحْلفَ ، لَقَدْ بَاعَ الْعَبْدَ وَمَا بِه دَاءٌ يَعْلَمُهُ ، فَأَبَى عَبْدُ الله أَنْ يَحْلِفَ ، وَارْتَجَعَ الْعَبْدَ** » .

وروي أيضاً أن زيد بن ثابت كان يُجيزُ بيعَ البراءة ، وإنما خص مالك بذلك الرقيق؛ لكون عيوبهم في الأكثر خافية ،، وبالجملة : خيارُ الرد بالعيب حَقٌّ ثابتٌ للمشتري، ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً ؛ كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به ألا يجوز ، أصله إذا اتفقا على [جَهْلِ] (١) صفةِ المبيعِ المؤثِّرَةِ في الثمن ، ولذلك حكي ابن القاسم في « المدونة » عن مالك أن آخر قوله كان إنكارَ بيعِ البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفي قضاء الدُّيُونِ خَاصَّةً . وذهب المغيرةُ من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب [لا يتجاوز] (٢) فيها ثُلُثَ المبيع.

[مَتَى تَلْزَمُ البراءَةُ عند القائلين بها ؟]

والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بها بالشرط : أعني : إذا اشترطها ، إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط (٣) ، فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جَوَازِهِ ، وفي شروط جوازه ، وفيما يجوز من العقود ، والمبيعات ، والعيوب ، ولمن يجوز بِالشَّرْطِ أو مطلقاً، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا ، فاعلمه .

[وَقْتُ ضَمَانِ المبيعات ، واختلاف العلماء فيه]

الجملة الثانية : في وقت وضمان المبيعات : واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أين تكون خسارتُهُ إن هَلَكَ مِنْهُ : فقال أبو حنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض .

وأما مالك فله في ذلك تَفْصِيلٌ ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام: قسم مبيع يجب على الْبَائِعِ فيه حَقُّ تَوْفِيَةٍ من وزن ، أو كيل ، أو عدد ، ومبيع ليس فيه حق تَوْفِيَةٍ ، وهو الْجُزَافُ ، أو ما لا يوزن [وَلا يُكَالُ] (٤) ولا يعد ، فأما ما كان

---

(١) سقط فى الأصل .
(٢) فى الأصل : تجاوز .
(٣) فى الأصل : أو بيع السلطان .
(٤) سقط فى ط .

فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد الْقَبْضِ ، ، وأما ما ليس فيه حق توفية ، وهو حاضر ، فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري ، وإن لم يقبضه ، وأما المبيع الغائب ، فعن مالك [في ذلك] (١) ثَلاثُ رِوَايَات : أشهرها : أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية : أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع . والثالثة: الفرق بين ما ليس بِمَأْمُونِ الْبَقَاءِ إلى وقت الاقتضاء ؛ كالحيوان ، والمأكولات، وبين ما هو مأمون البقاء .

[سَبَبُ اخْتِلاف الْعُلَمَاء في هذه الْمَسْأَلَة]

والخلاف في هذه المسألة مبني على (٢) : هلَ القبض شَرْطٌ من شُرُوطِ العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال : القبض من شروط صحة العقد، أو لزومه ، أو كيفما شئت أن تُعبِّرَ في هذا المعنى ، كان الضمانُ عنده من البائع حتى يَقْبِضَهُ المشتري ، ومن قال: هو حُكْمٌ لازِمٌ من أحكام [المبيع] (٣) ، والبيع قد انعقد ولزم ، قال : العقدُ يدخل في ضمان المشتري .

[الاسْتِحْسَانُ عِند مالك في هذا الموضع]

وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه [حق توفية] (٤) والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفاتُ إلى المصلحة والعدل.

[رَأْيُ أَهْلِ الظَّاهِرِ]

وذهب أهلُ الظاهر إلى : أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري - فيما أحسب ، ، وعمدةُ من رأى ذلك : اتفاقهم على أن الْخَرَاجَ قبل القبض للمشتري ، وقد قال - عليه الصلاة والسلام - : « **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** » (٥) .

وعمدة المخالف : حديثُ عتاب بن أسيد ؛ أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى مكة - قال له : « **انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا ، وَرِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا** » (١٠٠٤) .

---

(١) فى الأصل : فيه .
(٢) فى الأصل : مبنى على هذا التفصيل .
(٣) فى الأصل : البيع .
(٤) سقط فى الأصل .
(٥) تقدم .

(١٠٠٤) أخرجه البيهقى (٣١٣/٥) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام ، من طريق يحيى بن صالح عن إسماعيل بن أمية عن عطاء بن أبى رباح عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ لعتاب بن أسيد : « إنى قد بعثتك إلى أهل الله وأهل مكة ، فانههم عن بيع ما لم يقبضوا أو ربح ما لم يضمنوا ، وعن قرض وبيع ، وعن شرطين فى بيع ، وعن بيع وسلف ». =

وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف . ولا خلاف بين المسلمين ؛ أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح ،، وإذا قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الْجَوَائِحَ .

الْقَوْلُ فِي الْجَوَائِحِ

[اخْتِلافُ العلماءِ فِي وَضْعِ الْجَوَائِحِ فِي الثِّمَارِ]

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار : فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ،، ومنعها أبو حنيفة ، والثوري ، والشافعي في قوله الجديد ، والليث .

[عُمْدَةُ من قال بوضع الجوائِحِ]

فعمدة من قال بوضعها : حديث جابر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **مَنْ بَاعَ ثَمَراً فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَلا يَأْخُذْ مِنْ أَخيه شَيْئاً ، عَلَى مَاذَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخيه** »] ؟ ، خرجه مسلم عن جَابر . وما روي عنه ؛ أنه قال: « **أَمَرَ رَسُولُ الله ﷺ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ** » (١٠٠٥) ،

= قال البيهقى : تفرد به يحيى بن صالح الأيلى ، وهو منكر بهذا الإسناد .

ولحديث ابن عباس شاهد من حديث صفوان بن يعلى عن أبيه :

أخرجه البيهقى (٥/ ٣١٣) كتاب البيوع : باب النهى عن بيع ما لم يقبض من طريق محمد بن إسحاق عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال : استعمل النبى ﷺ عتاب بن أسيد على مكة فقال : « إنى أمرتك على أهل الله بتقوى الله ، لا يأكل أحد منكم من ربح ما لم يضمن » .

وقد ورد هذا الحديث عن عتاب بن أسيد نفسه :

فأخرجه محمد بن الحسن فى « الآثار » كما فى « جامع المسانيد » للخوارزمى (٢/ ٧) من طريق أبى حنيفة عن يحيى بن عامر عن رجل عن عتاب بن أسيد عن النبى ﷺ أنه قال له : « انطلق إلى أهل الله - يعنى أهل مكة - فانههم عن أربع خصال : عن بيع ما لم يقبضوا ، وعن ربح ما لم يضمنوا ، وعن شرطين فى بيع ، وعن سلف فى بيع » .

وقد سمى الرجل المبهم طلحةُ بن محمد ، وابن خسرو فى « مسند أبى حنيفة » فأخرجاه فى مسنديهما (٢/ ٦ ، ٧ - جامع المسانيد) من طريق أبى حنيفة عن يحيى بن عامر عن عبيد الله بن عبد الواحد عن عتاب بن أسيد به .

(١٠٠٥) أخرجه الدارمى (٢/ ٢٥٢) كتاب البيوع : باب فى الجائحة ، ومسلم (٣/ ١١٩٠) كتاب المساقاة : باب وضع الجوائح ، الحديث (١٤/ ١٥٥٤) ، وأبو داود (٣/ ٧٤٦) كتاب البيوع : باب فى وضع الجائحة ، الحديث (٣٤٧٠) ، والنسائى (٧/ ٢٦٤ - ٢٦٥) كتاب البيوع : باب وضع الجوائح ، وابن ماجه (٢/ ٧٤٧) كتاب التجارات : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، الحديث (٢٢١٩) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٤) كتاب البيوع : باب الرجل يشترى الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة ، والبيهقى (٥/ ٣٠٦) كتاب البيوع : باب ما جاء فى وضع الجائحة ، من طريق ابن جريج =

- فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان ، وقياس الشبه أيضاً ؛ وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقي على البائع فيه حَقُّ تَوْفِيَةٍ ؛ بدليل ما عليه من سَقْيِه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصلُهُ سَائِرُ الْمَبِيعاتِ التي بَقِيَ فيها حَقُّ تَوَفِيَةٍ .

والفرق عندهم بين هذا المبيع ، وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يُخْلَقْ [١] ؛ فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات.

[عُمْدَةُ من لم يَقُلْ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ]

وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها : فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات ، وأن التخليةَ في هذا [المبيع] [٢] هي القبض . وقد اتفقوا على أن ضَمَانَ المبيعاتِ بعد القبض من المشتري، ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري ، قال : « **أُجيحَ رَجُلٌ في ثمَار ابْتَاعَهَا ، وَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : « تَصدَّقُوا عَلَيْه » ، فَلَمْ يَبْلُغْ وَفَاءَ دَيْنه ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إلا ذَلكَ »** [١٠٠٦] ، ، قالوا : فلَمْ يحكم بالْجَائحَة .

= عن أبى الزبير عن جابر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟! » ، واللفظ لمسلم .

واللفظ الثانى :

أخرجه الشافعى (٢/ ١٥١) كتاب البيوع : باب فيما نهى عنه من البيوع ، الحديث (٥٢٢) ، وأحمد (٣/ ٣٠٩) ، ومسلم (٣/ ١١٩١) كتاب المساقاة : باب وضع الجوائح ، الحديث (١٧/ ١٥٥٤)، والنسائى (٧/ ٢٦٥) كتاب البيوع : باب وضع الجوائح ، وابن الجارود ص (٢٠٥) باب المبايعات المنهى عنها ، الحديث (٥٩٧) وص(٢١٦) أبواب القضاء فى البيوع ، الحديث (٦٤٠) ، والطحاوى فى «شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٤) كتاب البيوع : باب الرجل يشترى الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة ، والبيهقى (٥/ ٣٠٦) كتاب البيوع : باب ما جاء فى وضع الجائحة ، كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن حميد الأعرج ، عن سليمان بن عتيق عن جابر « أن النبى ﷺ نهى عن بيع السنين ، وأمر بوضع الجوائح » واختصره بعضهم ، فاقتصر على قوله : « أن النبى ﷺ وضع الجوائح » .

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : البيع .

(١٠٠٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١) كتاب المساقاة : باب استحباب الوضع من الدين ، الحديث (١٨/ ١٥٥٦) ، وأبو داود (٣/ ٧٤٥) كتاب البيوع والإجارات : باب فى وضع الجائحة ، الحديث (٣٤٦٩) ، والترمذى (٣/ ٤٤) كتاب الزكاة : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، الحديث (٦٥٥) ، والنسائى (٧/ ٢٦٥) كتاب البيوع : باب وضع الجوائح ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب الأحكام : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، الحديث (٢٣٥٦) ، وابن الجارود (١٠٢٧)، وأحمد (٣/ ٣٦) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (٢/ ٣٦٠) ، والحاكم (٢/ ٤١) ، والبيهقى (٥/ ٣٠٥)، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٢٤٢ - بتحقيقنا) من طريق بكير بن الأشج عن عياض ابن عبد الله عن أبى سعيد الخدرى به . =

فسبب الخلاف في هذه المسألة هو : تعارض [الآثار] [١] فيها ، وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رَامَ كُلٌّ واحد من الفريقين صَرْفَ الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل .

[دَلِيلُ مَنْ مَنَعَ الْجَائِحَةَ]

فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قِبَلِ النَّهْيِ عن بيع الثمار حتى يَبْدُوَ صَلاحُهَا ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كَثُرَ شَكْوَاهُمْ بالجوائح أُمِرُوا ألا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يَبْدُوَ صلاحُهُ ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور [٢] .

[دَلِيلُ مَنْ أَجَازَ الْجَائِحَةَ]

وقال من أجازها في حديث أبي سعيد [الخدرى] [٣] : [يمكن] [٤] أن يكون البائع عديماً ، فلم يقض عليه بِجَائِحَة ، أو أن يكون المقدار الذي أُصيبَ من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أُصِيبَ في غير الوقت الذي تَجِبُ فيه الْجَائِحَةُ ، مثل أن يصاب بعد الْجُذَاذِ ، أو بعد الطّيب .

[قَوْلُ الشافعي في هَذَا الموضوع]

وأما الشافعي : فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ، ويقول : إنه اضطرب في ذِكْرِ وَضْعِ الجوائح فيه ، ولكنه قال : إن ثبت الحديث وجب وَضْعُهَا في القليل والكثير ، ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بِالْعَطَشِ .

[أُصُولُ الْجَوَائِحِ تنحصر في أَرْبَعَة فُصُول]

وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على إثباتها ، والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول :

الأول : في معرفة الأسبابِ الفاعلةِ لِلْجَوَائِحِ .

الثاني : في مَحَلِّ الجوائح من المبيعات .

الثالث : في مقدار ما يُوضع منه فيه .

الرابع : في الوقت الذي توضع فيه .

= وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .
وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبى .
ووهما فى ذلك ؛ فقد أخرجه مسلم كما تقدم تخريجه .

(١) فى الأصل : الأخبار .
(٢) تقدم .
(٣) سقط فى ط .
(٤) سقط فى الأصل .

الْفَصْلُ الأَوَّلُ :
فِي مَعْرِفَةِ الأَسْبَابِ الْفَاعِلَةِ لِلْجَوَائِحِ
[مَا يُعْتَبَرُ جَائِحَةً ، وَمَا لا يعتبر]

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل : البرد ، وَالْقَحْطِ ، وَضِدِّهِ ، وَالْعَفَنِ : فلا خلاف في المذهب أنه جائحةٌ .

وأما العطش - كما قلنا - فلا خلاف بين الجميع ؛ أنه جائحة ، وأما ما أصاب من صنع الآدميين ، فبعض من أصحاب مالك رآه جَائِحَةً ، وبعض لم يره جائحة ، والذين رأوه [١] جائحة انقسموا قسمين :

فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً ؛ كالجيش ، ولم ير ما كان منه بِمغافضَةٍ جائحة مثل : السرقة . وبعضهم جعل كُلَّ ما يُصِيبُ الثمرة من جهة الآدميين جائحةً بأي وجه كان ، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط ، اعتمد ظاهر قوله - عليه الصلاة والسلام - : « أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ » [٢] ، ومن جعلها في أفعالِ الآدميين شَبَّهَهَا بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص ، قال : يمكن أن يتحفظ منه .

* * *

الْفَصْلُ الثَّانِي :
فِي مَحلِّ الْجَوَائِحِ مِنَ الْمَبِيعَاتِ
[مَحلُّ الجوائحِ في الثمار ، والاختلاف في البَقول]

ومحل الجوائح هي : الثمار ، والبقول ،، فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الجائحة ،، وإنما اختلفوا في البقول ؛ لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر .

* * *

(١) فى الأصل : لم يروه .

(٢) تقدم .

الْفَصْلُ الثَّالِثُ :
فِي مِقْدَارِ مَا يُوضَعُ مِنْهُ فِيه »

[الْمِقْدَارُ الذي تجب فيه الْجَائِحَةُ في الثمار ، والبَقول ، ورأي المالكية]

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة : أما في الثمار فالثلثُ ، وأما في البقول فقيل : في القليل والكثير .

وقيل : في الثلث ،، وابن القاسم يعتبر ثُلُثَ الثمرِ بالكيل ، وأشهب يعتبر الثلث في القيمة ، فإذا ذَهَبَ من الثمر عند أشهب ما قيمته الثُّلُثُ من الكيل ، وُضِعَ عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان [تاماً] [١] في الكيل ، أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثُّلُثُ من الكيل ، فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمةُ بطونه ، حُطَّ عنه من الثمن الثلثُ ، وإن كان الثمرُ أنواعاً كثيرة مختلفة القيمة ، أو كان بطوناً مختلفة القيمة أيضاً ، اعتبر [فيه] [٢] قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قدره حُطَّ بذلك القدر من الثمن ، ففي موضع يعتبر [المكيلة] [٣] فقط حيث تَسْتَوِي القيمةُ في أجزاء الثمرة وبطونها ، وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة .

والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الْجَوَائِحِ ، وإن كان الحديثُ الواردُ فيها مطلقاً - بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير ؛ إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة ، وإن لم يدخل بالنُطقِ ، وأيضاً فإن الجائحة التي عُلِّقَ الحكمُ بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرقُ وجب أن يعتبر فيه الثلث ؛ إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة ، وإن كان المذهبُ يضطرب في هذا الأصل ، فمرة يجعل الثلث من حَيِّزِ الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله في حَيِّزِ القليل ، ولم يضطرب في أنه [الفرق بين] القليل والكثير ، والمقدرات [يعسُر] [٤] إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء .

[رأيُ الشافعيِّ]

ولذلك قال الشافعي : لو قلت بالجائحة ، لقلت فيها بالقليل والكثير .

---

(١) فى ط : ثلثا .
(٢) سقط فى ط .
(٣) فى الأصل : الكيلة .
(٤) فى الأصل : يعتبر .

[دليلٌ لرأيِ المالكيَّةِ]

وكونُ الثلث فرقاً بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله - عليه الصلاة والسلام - : « الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ »(١٠٠٧) .

* * *

(١٠٠٧) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٣) كتاب الوصية : باب الوصية فى الثلث ، حديث (٤) ، والبخارى (٣/ ١٦٤) كتاب الجنائز : باب رثاء النبى ﷺ سعدًا ، حديث (١٢٩٥) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٥/ ١٦٢٨) ، وأبو داود (٣/ ٢٤٨) كتاب الوصايا : باب ما لا يجوز للموصى فى ماله ، حديث (٢٨٦٤) ، والترمذى (٤/ ٤٣٠) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث حديث (٢١١٦) ، والنسائى (٦/ ٢٤١ - ٢٤٢) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٣) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٠٨) ، وأحمد (١/ ١٧٩) ، والدارمى (٢/ ٤٠٧) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وأبو داود الطيالسى (١/ ٢٨٢ - منحة) رقم (١٤٣٣) ، وعبد الرزاق (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧) ، والحميدى (١/ ٣٦) رقم (٦٦) ، وابن الجارود (٩٤٧) ، ومحمد بن نصر المروزى فى « السنة » (ص - ٧٢) رقم (٢٤٨) ، وأبو يعلى (٢/ ٩٢) رقم (٤٧) ، وابن حبان (٤٢٣٥ ، ٥٩٩٤ ، ٧٢١٧) الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٧٩) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٨) ، والفسوى فى « المعرفة والتاريخ » (١/ ٣٦٨ - ٣٦٩) كلهم من طريق الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت ، فجاء رسول الله ﷺ يعودنى فقلت : يا رسول الله إن لى مالاً كثيراً وليس يرثنى إلا ابنتى ، أفأوصى بثلثى مالى ؟ قال : « لا » ، قلت : فالشطر ؟ قال : « لا » ، قلت : فالثلث ؟ قال: « الثلث والثلث كثير ، أو كبير ؛ إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأخرجه البخارى (٥/ ٤٢٧ - ٤٢٨) كتاب الوصايا : باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ، حديث (٢٧٤٢) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٥/ ١٦٢٨) ، والنسائى (٦/ ٢٤٢) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وأحمد (١/ ١٧٢) من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه به .

وأخرجه البخارى (٥/ ٤٣٤ - ٤٣٥) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٤٤) من طريق هاشم بن هاشم عن عامر بن سعد عن أبيه به .

وأخرجه النسائى (٦/ ٢٤٣) كتاب الوصايا : باب الوصية ، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به .

وأخرجه أحمد (١/ ١٨٤) من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر به .

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٥١) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٨ ، ٩ / ١٦٢٨) ، وأحمد (١/ ٦٨) ، وأبو يعلى (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١) من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد به .

الْفَصْلُ الرَّابِعُ :
فِي الْوَقْتِ الَّذِي تُوضَعُ فِيهِ

[زمانُ القضاء بالجائحة ، وما اتفقوا عليه]

وأما زمان القضاء بالجائحة : فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى تَبْقِيَةِ الثمر على رءوس الشجر حتى يَسْتَوْفِيَ طيبَهُ .

[وما اختلفوا فيه]

واختلفوا إذا أبقاه [١] المشتري في الثمار لبيعه على [النضارة] [٢] ، **وشيئاً شيئاً** : فقيل: فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه ، وقيل : ليس فيه جائحة تفريقاً بينه ، وبين الزمان المتفق على وُجُوبِ القضاء بالجائحة فيه ؛ وذلك أن هذا الزمانَ يشبه الزمانَ المتفق عليهِ من جهة ، ويخالفه من جهة ، فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الْجَائحَةَ ، ومن غَلَّبَ الاختلافَ لم يوجب فيه جائحة ، أعني : من رأى النضَارةَ مطلوبةً [بالشراء] [٣] كما أن الطيب مطلوب ، قال : بوجوبِ الجائحة فيه ، ومن لم يَرَ الأمر فيهما واحداً ، قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا في وُجُوبِ الجوائح في البُقُولِ .

[تَابعَاتُ الْمَبِيعَات]

الجملة الثالثة من جمل النظر في الأحكام : وهو في تابعات المبيعات ، ، [٤] ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان :

[المسألة الأولى : متى يتبع الفرعُ بيعَ الأصل ، ومتى لا يتبعه] ؟

الأولى : بيع النخيل ، وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ، ومتى لا يتبعه ؟

[مَنْ بَاعَ نَخْلاً فيها ثَمرٌ قبل أن يُؤبَّرَ ، ورأي الجمهور]

فجمهور الفقهاء : على أن من باع نَخْلاً فيها ثمر قبل أن يؤبر ، فإن الثمر للمشتري، وإذا كان [٥] البيع بعد الإِبَارِ ، فالثمر للبائع إلا أن يَشْتَرِطَهُ المبتاع ، والثمار كُلُّها في هذا المعنى في معنى النخيل ، وهذا كله ؛ لثبوت حديث ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ ، فَثَمرُهَا لِلْبَائِعِ إلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ** » [٦] .

قالوا : فلما حكَمَ ﷺ بالثمن للبائع بعد الإبار ، علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري

---

(١) فى الأصل : استبقاه . (٢) فى الأصل : النظارة . (٣) فى الأصل : بالثمن .
(٤) فى الأصل : وهى من . (٥) فى الأصل : وإنه إذا كان . (٦) تقدم .

قبل الإبار بلا شرط [١] .

[رَأيُ أبي حنيفة]

وقال أبو حنيفة وأصحابه : هي للبائع قبل الإِبَارِ وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دَلِيلِ الخطاب ، بل من باب مفهوم الأَحْرَى ، والأولى .

[دَلِيلُ الأَحْنَاف]

قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبار ، فهي أحرى أن تجب له قبل الإبار ، وشبهوا خُرُوجَ الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أَمَةً [و] [٢] لها ولد ، فالولد للبائع إلا أن يشترطه المتباع ، كذلك الأمر في الثمر .

[رَأيُ ابن أبي ليلى ، وَرَدُّهُ الحديث بالقياس]

وقال ابن أبي ليلى : سواء أُبِّرَ ، أو لم يُؤَبَّرْ إذا بيع الأصل فهو للمشتري ، اشترطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ؛ لأنه رأي أن الثمر جُزْءٌ من المبيع ،، ولا معنى لهذا القول إلا إذا كان لم يثبت عنده الحديث .

[تَوْجِيهُ رَأي أبي حنيفة]

وأما أبو حنيفة : فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل منه [٣] .

[سببُ الخلاف بَيْنَ الْفُقَهَاء]

فإذاً سَبَبُ الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، ومن قال بقولهم : معارضة دليل [٤] الخطاب لدليل مفهوم الأَحْرَى [والأولى] [٥] ، وهو الذي يسمى «فَحْوَى الخطاب » ، لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان في الأَصْل أقوى من دليل الخطاب.

وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع ، وهو - كما قلنا - ضعيف .

[الإِبَارُ عند العلماء]

والإبار عند العلماء : أن يجعل طلع ذكور النخل في طَلْعِ إناثها ، وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد ، والتذكير في شَجَرِ التِّينِ التي تذكر في معنى الإبار ، وإبارُ الزرع

---

(١) في الأصل : اشتراط . (٢) سقط في ط . (٣) في الأصل : فيه .
(٤) في الأصل : مفهوم . (٥) سقط في الأصل .

مختلَفٌ فيه في المذهب ، فروي ابن القاسم عن مالك أن إِبَارَهُ أن يفرك قياساً على سائر الثمر [١] ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار ، أو وقت الإبار ؟ ، قيل : الوقت .

وقيل : الإبار ، وعلى هذا ينبني الاختلاف إذا أُبِّرَ بعضُ النخل ، ولم يُؤَبَّرِ البعض، هل يتبع ما لم يُؤَبَّرْ ما أُبِّرْ ، أو لا يتبعه ؟ واتفقوا - فيما أحسبه - على أنه إذا بِيعَ ثَمَرٌ وقد دخل وقت الإبار فلم يؤبر ؛ أن حُكْمَهُ حكمُ المؤبَّر .

[الْقَوْلُ فِي مَالِ العبدِ ، وهل يتبعه في البيع] ؟

المسألة الثانية : وهي اختلافهم في بيع مالِ العبد : وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع ، والعتق ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ماله في البيع ، والعتق لسيِّدِهِ ، وكذلك في المكاتب . وبه قال الشافعي، والكوفيون .

والثاني : أن مَالَهُ تبع له في البيع والعتق . وهو قول داود ، وأبي ثور .

والثالث: أنه تبع له في العتق ، لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري . وبه قال مالك، والليث .

[دَلِيلُ مَنْ رَأَى أن مَالَهُ في البيع لسيِّدِه إلا أن يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ]

فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع : حديث ابن عمر المشهور عن النبي ﷺ ؛ أنه قال : « **مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ ، إلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ** »[٢] . ومن جعله لسيده في العتق ، فقياساً على البيع .

[حُجَّةُ من رأى أن مَالَ العبد تَبَعٌ له]

وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال أثبت على كون العبد مالكاً عندهم : وهي مسألةٌ اختلفَ العلماءُ فيها اختلافاً كثيراً ، أعني : هل يملك العبد ، أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلَّبوا القياس على السماع ؛ لأن حديث ابن عمر هو حديث خَالَفَ فيه نافعٌ سَالِماً ؛ لأن نافعاً رواه عن ابن عمر [عن عمر ، وسالم رواه عن ابن عمر] [٣] عن النبي ﷺ.

[دَلِيلُ مالك فِي هَذا الموضوعِ]

وأما مالك : فغلَّب القياسَ في العتقِ ، والسماع في البيع .

---

(١) فى الأصل : الثمار . (٢) تقدم . (٣) سقط فى الأصل .

وقال مالك في « الموطأ » : الأمر المجمع [(١)] عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مَالَ العبد فهو له نَقْداً كان ، أو عرضاً [(٢)] ، أو ديناً ، وقد روي عن النبي ﷺ ؛ أنه قال : « مَنْ أَعْتَقَ غُلاماً فَمَالُهُ ، لَهُ إلا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ سَيِّدُهُ [(٣)] » ، [(١٠٠٨)] .

[الاخْتِلافُ في جَوَازِ شراءِ العبد وماله بدراهم إن كان مالُ العبدِ دَرَاهِمَ]

ويجوزَ عند مالَك أن يُشْتَرَى العَبد ومَاله بدراهم ، وإن كان مالُ العبد دراَهِمَ ، أَوْ فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً ، وقالوا: العبد وماله بمنزلة من باع شَيْئَيْنِ لا يَجُوزُ فيهما إلا ما يَجُوزُ في سَائِرِ الْبُيُوعِ .

[الْقَوْلُ في اشتراط المشتَري لبعضِ مَال العبد في صفقة البيع]

واختلف أصحاب مالك فَي اشتراَطِ المشتريَ لبعضَ مَالِ العبد في صَفْقَةِ البيع : فقال ابن القاسم : لا يجوز .

وقال أَشْهَبُ : جائز أن يشترط بعضه .

وفرق بعضهم فقال: إن كان ما اشترى به العبد عَيْناً ، وفي مال العبد [عَيْنٌ] [(٤)] ، لم يجز ذلك ؛ لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم . وإن كان ما اشترى به عُرُوضاً و لم يكن في مال العبد دراهم ، جاز ،، ووجه قول ابن القاسم ؛ أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار .

ووجه قول أشهب تشبيهه الجزء بِالْكُلِّ ،، وفي هذا الباب مسائلُ مسكوتٌ عنها ، كثيرة ليست مما قصدناه .

[الزِّيَادَةُ وَالنقصانُ اللَّذَانِ يقعان في الثمن بعد البيع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟]

ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب : الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي

---

(١) فى الأصل : المجتمع . (٢) فى الأصل : فرضاً . (٣) فى الأصل : عنده .

(١٠٠٨) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٧٠) كتاب العتق : باب فيمن أعتق عبداً وله مال ، الحديث (٣٩٦٢) ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٥) كتاب العتق : باب من أعتق عبدا وله مال ، الحديث (٢٥٢٩) ، والبيهقى (٥/ ٣٢٥) كتاب البيوع : باب ، جاء فى مال العبد ، من حديث الليث بن سعيد وابن لهيعة، كلاهما عن عبيد الله بن أبى جعفر عن بكير بن عبد الله بن الأشج ، عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من أعتق عبدا فماله إلا أن يشترط السيد ماله فيكون له » قال ابن ماجه: (وقال ابن لهيعة : إلا أن يستثنيه السيد) ، قال البيهقى : (وهذا بخلاف رواية الجماعة عن نافع ، فقد رواه الحفاظ عن نافع عن ابن عمر عن عمر كما تقدم) .

(٤) سقط فى ط .

انعقد عليه البيع بعد البيع بما يَرْضَى به المتبايعان ، أعني : أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع ، أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا؟

[فَائِدَةُ هَذَا الْفَرْقِ]

وفائدة الفرق أن من قال : هي من الثمن ، أوجب رَدَّهَا في الاستحقاق ، وفي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وما أشبه ذلك . وأيضاً من جَعَلَهَا في حُكْمِ الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع(١) ، ومن لم يجعلها من الثمن ، أعني: الزيادة ، لم يوجب شيئاً من هذا .

[قَوْلُ أبي حنيفة : إِنَّهَا من الثَّمَنِ]

فذهب أبو حنيفة إلى : أنها من الثمن إلا أنه قال : لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ، ولا في بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك .

[قَوْلُ الشَّافعيِّ]

وقال الشافعي : لا تلحق الزياد، والنقصان بالثمن أصلاً ، وهو في حكم [الهبة](٢) .

[دَلِيلُ الْفَرِيقِ الأَوَّلِ]

واستدل من ألحق الزيادة بالثمن : بقوله عز وجل : ﴿**وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ**﴾ : [النساء : ٢٤] ، قالوا: وإذا لَحِقَتِ الزيادة في الصداق بالصداق لَحِقت في البيع بالثمن .

[دَلِيلُ الْفَرِيقِ الثَّانِي]

واحتج الفريق الثاني : باتفاقهم على أنها لا تلحق في [الشُّفْعَةِ] (٣) .

وبالجملة : أن من رأى أن العقد الأول قد تقرر ، قال : الزيادة هِبَةٌ ، ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول ، وعقد ثان ، [عدها] (٤) من الثمن .

[إذا اتفق المتبايعانِ على البيعِ ، واختلفا في مِقْدَارِ الثمن]

الجملة الرابعة : وإذا اتفق المتبايعان على البيع ، واختلفا في مقدار الثمن ، ولم تكن هناك بَيِّنَةٌ ، ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ، ويتفاسخان بالجملة . ومختلفون في التفصيل ، أعني : في الوقت الذي يُحْكَمُ فيه بالأيمان والتفاسخ .

---

(١) فى الأصل : إن كانت فاسدة فسد البيع . (٢) فى الأصل : العبد .
(٣) فى الأصل : بالشبهة . (٤) فى الأصل : عندهما .

[الْوَقْتُ الَّذِي يُحْكَمُ فِيهِ بِالأَيمانِ وَالتفاسُخِ]

فقال أبو حنيفة ، وجماعة : إنهما يتحالفان ، ويتفاسخان ما لم تَفُتْ عين السلعة ، فإن فاتت ، فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه .

وقال الشافعي ، ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، وأشهبُ صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت .

وأما مالك فعنه روايتان :

إحداهما : إنهما يتحالفان ، ويتفاسخان قبل الْقَبْضِ ، وبعد القبض القول قول المشتري .

والروايةُ [الثانيةُ] : مثل قولِ أبي حنيفة ، وهي رواية ابن القاسم .

والثانية رواية أشهب . والفوتُ عنده يكون بتغيير الأسواق ، وبزيادة المبيع ونقصانه .

وقال داود ، وأبو ثور : القولُ قولُ المشتري على كُلِّ حَالٍ ،، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف .

[مَنْ قَالَ : إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ]

ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثمون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن ؛ لحديث ابن مسعود ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ** »(١) فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه ، قال : يتحالفان في كل حال ، وَيَتَفَاسَخَانِ .

وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُ : أن كل واحد منهما مُدَّعٍ ومدعي عليه .

[مَنْ قَالَ بِتَسَاوِي البائِعِ والمشترِي في هذه الحالة]

وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يُحْمَلَ على الحالة التي يَجِبَ أن يتساوى فيها دعوى البائع ، والمشتري ، قال : إذا قبض السلعة ، أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشتري ، وشبهة لصدقة، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك في الأيمان ؛ ولِذَلِكَ يُوجِبُ في مواضع اليمين على المدعي ، وفي مواضع على المدعى عليه ،

---

(١) تقدم .

وذلك أنه لم [١] يجب اليمينُ بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مُدَّعىً عليه. وإنما وجبت[٢] عليه من حيث هو في الأكثر أَقْوَى شُبْهَةً ، فإذا كان المدعي في مواطن أقوى شبهة ، وجب أن يكون اليمين في حيِّزِه .

[مَنْ رَأَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ المشتري]

وأما من رأى القول قول المشتري : فإنه [٣] رأى أن البائع مُقِرٌّ للمشتري بالشراء ، وَمُدَّعٍ عليه عدداً ما [في] الثمن .

وأما داود ومن قال بقوله ، فردُّوا حديث ابن مسعود ؛ [لأنه منقطع] [٤] ؛ ولذلك لم يخرجه الشيخان : البخاري ، ومسلم ، وإنما خرجه مالك .

[إِذَا نَكَلَ المتبايعانِ عن الأيمان ، ومن يبدأ باليمين]

وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : إحداهما : الفسخ ، والثانية : أن القولَ قولُ البائعِ . وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما في الحديث ، ، وهل إذا وَقَعَ التفاسُخُ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف في المذهب .

[البيعُ الفاسدُ إِذا وقع ، ومتى يكونُ حُكْمُهُ الرَّدَّ ؟]

القسم [٥] الرابع من النظر المشترك في البيوع : : وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماءُ على أن البيوعَ الفاسدةَ إذا وَقَعَتْ ، ولم تفت بإحداث عقد[٦] فيها ، أو نَمَاءٍ ، أو نقصان ، أو حوالة سوق - أن حكمها الرَّدُّ ، أعني : أن يرد البائع الثمن ، والمشتري المثمون .

[الاخْتِلافُ إِذَا حَدَثَ فِي الْمَبِيعِ مَا يَمْنع الرَّدَّ حكماً]

واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق ، أو هبة ، أو بيع ، أو رهن ، أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فَوْتٌ يوجب القيمة ؟ وكذلك إذا نَمَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ .

[قَوْلُ الشَّافعيِّ]

فقال الشافعي : ليس ذلك كله فوتاً ، ولا شبهة ملك في البيع الفاسد ، وإن الواجبَ الردُّ .

---

(١) فى الأصل : لا .
(٢) فى الأصل : وجب .
(٣) فى الأصل : فأقود .
(٤) سقط فى الأصل .
(٥) فى الأصل : القول .
(٦) فى الأصل : وقع .

[قولُ مالك ، وأبي حنيفة]

وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روي عنه ابن وهب في الربا ؛ أنه ليس بِفَوْتٍ ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة .

[الْبُيُوعُ الْفَاسِدَةُ عند مالك]

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم : إلى محرَّمَةٍ ، وإلى مكْرُوهَةٍ : فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة ، وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صَحَّتْ عنده ،، وربما صح عنده بعضُ البيوع الفاسدة بالقبض ؛ لخفة الْكَرَاهَةِ عنده في ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا ، والغرر بالفساد لمكان التحريم عينه ؛ كبيع الخمر ، والخنزير ، فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهي في هذه [الأمور] [١] ، إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعني : بيوع الربا ، والْغَرَرِ ، فإذا فاتت السلعةُ فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ؛ لأنه قد تقبض السلعة وهي تساوي أَلْفاً ، وَتُرَدُّ وهي تساوي خَمْسَمائَةٍ ، أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حَوَالَةَ الأسواق فَوْتاً في المبيعِ الفاسدِ ، ومالك يرى في البيع والسلف ؛ أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف ، رَدَّ المشتري القيمةَ ما لم تكن أَزْيَدَ من الثمن ؛ لأن المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف ، فليس من الْعَدْلِ أن يرد أكثر من ذلك، وإن كان المشتري هو الذي أَسْلَفَ البائعَ فقد حَطَّ البائع عنه من الثمن لمكان السلف فإذا وجبت [٢] على المشتري القيمة رَدَّهَا ما لم تكن أَقَلَّ من الثمن ؛ لأن هذه البيوع إنما وقع المنعُ فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابلَ السَّلَفِ الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك في هذه المسألة أَفْقَهُ مِنَ الْجَمِيعِ .

[إِذَا تَرَكَ شَرْطَ السَّلَفِ قَبْلَ الْقَبْضِ]

واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعني : شرط السلف ، هل يَصِحُّ البيع أَمْ لا ؟ فقال أبو حنيفة ، والشافعي ، وسائر العلماء : البيعُ مفسوخٌ .

وقال مالك ، وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ .

وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور .

[حُجَّةُ الْجُمْهُورِ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ]

وحجة الجمهور : أن النَّهْيَ يتضمن فسادَ المنهي ، فإذا انعقد البيعُ فاسداً لم يصححه

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : وجب .

بعد رَفْعِ الشرط الذي من قِبَلِهِ وقع الفسادُ ، كما أن رفع السبب [المفسِدِ] في المحسوسات بَعْدَ فَسَادِ الشيء ليس يقتضي عَوْدَةَ الشيء إلى مَا كَانَ عليه قبل الفَساد من الوجود ، فاعلمه . وروي أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السَّلَفِ والبيع ، وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وَزِقِّ خَمْرٍ ، فلما انعقد البيع بينهما - قال : [أنا أدعُ] [1] الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكونَ بيعُ [السَّلَفِ] [2] كذلك ، فجاوب عن ذلك بجواب لا تَقُومُ بِهِ حُجَّةٌ ، وقد تقدم القول في ذلك .

وإذ قد انقضى القولُ في أصولِ البيوعِ الفاسدة ، وأصول البيوع الصحيحةِ ، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع ، أو لكثير منها ، فَلْنَصِرِ إلى ما يَخُصُّ واحداً واحداً من هذه البيوع الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مَجْرَى الأصول .

* * *

(١) فى الأصل : إذا .

(٢) سقط فى الأصل .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلَّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا

كِتَابُ الصَّرْفِ [1]

ولما كان يخص هذا البيع [2] شرطان : **أحدهما** : عدم النَّسِيئَةِ ، وهو الْفَوْرُ . **والآخر**: عَدَمُ التَّفَاضُلِ ، وهو اشتراطُ المثليَّةِ - كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس:

[انحصارُ هذا الكتاب في أجناسٍ أربعة]

الأول : في معرفة ما هو نَسِيئَةٌ مما ليس بنسيئة .

الثاني : في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة ، فيعرض هنالك الخلافُ .

الثالث : فيما وقع أيضاً من هذا البيع بِصُورَةٍ مُخْتَلَفٍ فيها : هل هو ذريعة إلى أحد هذين، أعني : الزيادة ، والنسيئة ، أو كليهما عند من قال بالذرائع ، وهو مالك ، وأصحابه ؟ وهذا ينقسم أيضاً إلى نوعين كانقسام أصله .

الرابع : في خَصَائِصِ أحكامِ هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان ، أعني :

---

(١) الصَّرْفُ لُغَةً : الزيادة والرد والنقل .

انظر : لسان العرب : ٣/ ٢٤٣٥ .

وفى المعجم الوسيط : ٥١٣/١ : الصرف : مبادلة عملة وطنية بعملة أجنبية ، ويطلق على سعر المبادلة أيضا .

اصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : بيع بعض الأثمار ببعض .

وعرفه الشافعية بأنه : بيع النقد بالنقد من جنسه .

وعرفه المالكية بأنه : بيع الذهب بالذهب ، أو الفضة بالفضة ، أو بيع أحدهما بالآخر .

وعرفه الحنابلة بأنه : بيع نقد بنقد ، اتحد الجنس ، أو اختلف .

انظر : تبيين الحقائق ١٣٤/٤ ، مغنى المحتاج : ٢٥/٢ ، كشاف القناع : ٢٦٦/٣ ، شرح فتح القدير ١٣٢/٧ .

(٢) فى الأصل : يحصر هذا العلم .

عدم النَّسَاءِ ، والتفاضل ، أو كليهما ؛ وذلك أنه يُخَالِفُ هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة .

وأنت إذا تَأَمَّلْتَ الكتبَ الموضوعةَ في فروع الكتاب الذي يسمونه بـ« كتاب الصرف »، وجدتها كلَّها راجعةً إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بِعَيْنِه مما ليس هو من ذلك الكتاب، مثل إدخال المالكية في « كتاب [1] الصرف » مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف ، لكن لما كان الفاسدُ منها يَئُولُ إلى أحد هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ ، أعني : إلى صرف بِنَسِيئَةٍ ، أو بتفاضل ، أَدْخَلُوهَا في هذا الكتاب ، مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة المجموعة والفرادى بعضها من بعض .

لكن لما كان قَصْدُنَا إنما هو ذِكْرُ المسائل التي هي منطوقٌ بِهَا في الشرع ، أو قريب من المنطوق بها ، رأينا أن نذكر في هذا الكتاب [2] سَبْعَ مسائلَ مشهورةً تجري مَجْرَى الأصول ؛ لما [يطرأ] [3] على المجتهد من مسائل هذا الباب ؛ فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصَّل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو ، واللغة ، وصناعة أصول الفقه ، ويكفي من ذلك ما هو مُسَاوٍ لجرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه [الرتبة] [4] يسمى فقيهاً [لا بحفظ مسائل الفِقْه] [5] ، ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يَحْفَظَهُ إِنْسَانٌ ، كما نجد متفقهي زماننا يظنون أن الأَفْقَهَ فقط هو الذي حفظ مسائلَ أَكْثَرَ ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الْخَفَّافَ هو الذي عنده خِفَافٌ كثيرة ، لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خِفَافٌ كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يَجِدَ في خِفَافِه ما [يصلح] [6] لقدمه ، فيلجأ إلى صَانِعِ الْخِفَافِ [ضرورة] [7] ، وهو الذي يصنع للقدم خُفًا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهةِ في هذا الوقت .

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

[بَيْعُ الذَّهَبِ بالذَّهَبِ ، والفضة بالفضة مثْلاً بمثْلٍ يَداً بيَدٍ]

المسألة الأولى : أجمع العلماء على أَنَّ بَيْعَ الذَهَبِ بالذَهَبِ ، والفضة بالفضة لا يجوز إلا مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ .

---

(١) سقط فى ط . (٢) فى الأصل : الباب . (٣) فى الأصل : يطأ .
(٤) فى الأصل : المرتبة . (٥) فى الأصل : لا يحصل مسائل كثيرة من مسائل الفقه .
(٦) فى الأصل : يسعه . (٧) سقط فى الأصل .

[مَنْ أَجَازَ بيْعَهمَا مُتَفَاضِلاً ، ومنعه نَسِيئَةً ، وَدَلِيلُهُ]

إلا ما روي عن ابن عباس ، ومن تبعه من المكيين ؛ فإنهم أجازوا بيعه متفاضلاً ، ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس لذلك ؛ لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ ؛ أنه قال : « **لا رِبًا إلا فِي النَّسِيئَةِ** » (١) ، وهو حديثٌ صحيحٌ ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلاَ في النسيئة (٢) .

---

(١) تقدم .

(٢) لا خلاف بين العلماء فى أن الربا يكون فى البيع أو السلم أو القرض ، غير أن جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار يرون أن الربا نوعان :

أحدهما : ربا النسيئة : كبيع ذهب بفضة إلى آجل ، أو بيع إردب قمح بمثله إلى آجل كذلك .

وثانيهما : ربا الفضل ، وهو ما يسمى ربا النقد كبيع إردب من البر بإردب ونصف منه يدا بيد ، وخالف فى ذلك ابن عباس وأسامة بن زيد من الصحابة ، وكذلك ابن عمر حيث قالوا : إنه لا ربا إلا فى النسيئة ، فيحل عندهم أخذ درهم بدرهمين إذا كان يدا بيد ، وليس التفاضل عندهم بمحرم حينئذ .

هكذا كانوا يقولون ، ثم صح عنهم أنهم رجعوا عن ذلك إلى قول الجمهور .

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وحرم الربا ﴾ ووجه الدلالة فيه : أن لفظ الربا عام يتناول جميع أفراد ما يصدق عليه اسم الربا ، فيكون الكل محرما .

وأما السنة : فما ثبت فى الصحيح من كتب السنة عن أبى سعيد الخدرى ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الذهب بالذهب ، مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا ، والفضة بالفضة مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا ، والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد ، والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا ، والتمر بالتمر مثلا بمثل ، يدا بيد ، والفضل ربا » . وهذا حديث مشهور تلقاه العلماء بالقبول والعمل به ، ومثله حجة فى الأحكام ومداره على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم ، وهم : عمر بن الخطاب ، وعبادة بن الصامت ، ومعاوية بن أبى سفيان ، وأبو سعيد الخدرى مع اختلاف ألفاظهم .

ووجه الدلالة فيه : أن قوله ﷺ : « مثلا بمثل » يدل بمفهومه على أن الزيادة لا تحل ، سواء أكانت حالة أو مؤجلة ، ثم تأكد هذا المعنى بتصريحه عليه الصلاة والسلام بقوله : « والفضل ربا » ؛ فصار ربا الفضل مندرجا تحت أنواع الربا . وقد حرم الله الربا فى كتابه ، فكان هذا حراما . ومثل ذلك ما جاء فى بعض الروايات من قوله ﷺ : « فمن زاد أو استزاد فقد أربى » وهذا نص فى الموضوع .

دليل المروى عن ابن عباس ومن معه :

استدل لهم الفخر الرازى بما يأتى :

أولا : بالكتاب : وهو قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ووجه الدلالة فيه : أن لفظ البيع عام يتناول بيع الدرهم بالدرهمين ، والربا خاص بربا النسيئة الذى كان مشهوراً فى الجاهلية . والحديث عنده خبر آحاد لا ينهض مخصصا للآية .

ثانيا : بالسنة : وهى حديث أسامة عند الشيخين وغيرهما بلفظ : « إنما الربا فى النسيئة » ، وزاد مسلم عن ابن عباس : « لا ربا فيما كان يدا بيد » ، وأخرج الشيخان عن أبى المنهال قال : سألت زيد =

... ...

= ابن أرقم والبراء بن عازب عن الصرف فقالا : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينا .
ووجه الدلالة فى هذه الأحاديث :

أن الرواية الأولى قد قصرت الربا المحرم على ربا النسيئة فقط . والرواية الثانية نصت على نفى الربا عما إذا كان يدا بيد . أما الرواية الثالثة فقد صرحت بأن النهى عن الربا فى حالة الدين فقط . ويؤخذ منه بطريق المفهوم إباحته عند المناجزة .

وقد ناقش الجمهور أدلة المنسوب إلى ابن عباس ومن معه بعدة مناقشات منها :

(١) لا نسلم أن لفظ الربا فى الآية خاص ، بل عام أيضاً ، فكما أحلت الآية كل بيع إلا ما أخرجه الدليل ، حرمت كل ربا كذلك . ولا شك أن فى ربا الفضل زيادة كربا النسيئة ، بل هى فيه أوضح . ولقد سماه النبى ﷺ ربا بقوله : « فمن زاد أو استزاد فقد أربى » فيكون مشمولاً بالآية .

(٢) لو سلمنا أن لفظ الربا خاص بربا النسيئة ، فقد ألحقت السنة المشهورة به ربا الفضل ، وليس صحيحا كون الحديث خبر آحاد - كما يقول الرازى - بل هو مشهور يصح الاحتجاج به فى الأحكام ، وتجوز الزيادة به على الكتاب عند الحنفية .

(٣) وأما رواية مسلم عن ابن عباس فموقوفة عليه .

(٤) ورواية الشيخين عن أبى المنهال لا دلالة فيها على حل ربا الفضل . أما عند القائلين بعدم حجية المفهوم فظاهر ، وأما القائلون بحجيته فيخصصونه بحديث أبى سعيد السابق على أن هذا من كلام الراوى .

(٥) أجابوا عن حديث أسامة بعدة إجابات منها :

أولاً : إنه منسوخ . وهذه إجابة ضعيفة ؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل تاريخى ، ولم يوجد . وأقوى من هذا الأجوبة التالية وهى :

ثانيا : أن لفظ الربا فى حديث أسامة محمول على الربا الأغلظ ، فليس القصر حقيقيا ، بل هو إضافى ، أو ادعائى .

ثالثا : أن مفهوم حديث أسامة عام يشمل حل التفاضل فى هذه الأصناف ، وغيرها ، وحديث أبى سعيد خصص هذا المفهوم ، فمنع بمنطوقه التفاضل فى الأصناف الربوية .

وقريب من هذا ما أجاب به الشافعى - رضى الله عنه - من أن حديث أسامة مجمل وحديث أبى سعيد وعبادة مبين ؛ فوجب العمل بالمبين وتنزيل المجمل عليه .

رابعاً : وهناك تأويل آخر لحديث أسامة يجيب به بعض الفقهاء . وهو أنه كان إجابة لمن سأل عن بيع الحنطة بالشعير ، أو الذهب بالفضة ، فنقل الراوى الإجابة ، ولم ينقل السؤال ؛ إما لعدم علمه، أو لعدم اشتغاله بنقله .

قال صاحب المبسوط : « وتأويل حديث أسامة بن زيد - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضة ، فقال النبى ﷺ : « لا ربا إلا فى النسيئة » ، فهذا بناء على ما تقدم من السؤال فكأن الراوى سمع قول رسول الله ﷺ ولم يسمع ما تقدم من السؤال ، أو لم يشتغل بنقله .

ويتبين جلياً من الأدلة السابقة ، وتوجيهها ومناقشاتها ، رجحان مذهب الجمهور . على أن ما نسب إلى ابن عباس ومن معه ثبت رجوعهم عنه ، ولم يصدر ابن عباس فى هذا الرأى الذى رآه أولا =

[دَلِيلُ الْجُمْهُورِ]

وأما الجمهور : فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **لا تَبيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلا مثْلاً بمثْلٍ ، وَلا تُشفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبيعُوا الْفضَّةَ بالْفضَّةِ إلا مثْلاً بمثْلٍ ، وَلاَ تُشفُّوا بَعْضَهاً عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبيعُوا منْهَا شَيْئاً غائباً بنَاجزٍ** » (١) ، وهو من أصح ما رُوِيَ في هذا الباب ، وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب (٢) ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث ؛ إذ كانت نصا في ذلك .

[رَدُّ الجمهورِ على من أجاز بَيْعَ الذَّهَبِ ، وَالْفضَّة مُتَفَاضلَيْنِ]

وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بِنَصٍّ في ذلك ؛ لأنه روي فيه لفظان :

أحدهما : أنه قال : « **إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسيئَة** » (٣) .

وهذا ليس يُفْهَمُ منه إجازةُ التفاضل إلا من [باب] (٤) دليل الخطاب، وهو ضعيف، ولا سيما إذا عارضه النَّصُّ .

وأما اللفظ الآخر ، وهو «**لا ربًا إلا في النَّسيئَة** » ، فهو أقوى من هذا اللفظ ؛ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس بربًا ، ولكن يحتمل أن يريد بقوله : « **لا ربًا إلا في النَّسيئَة** » من جهة أنه الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملاً ، والأول نَصٌّ ، وَجَبَ تَأْوِيلُهُ على الجهة التي يصح الجمع بينهما .

[الْمَسْكُوكُ ، وَالتِّبْرُ ، وَالْمَصُوغُ عنْدَ الْجُمْهُورِ سَوَاءٌ]

وأجمع الجمهور على : أن [مَسْكُوكَهُ] (٥) ، وَتِبْرَهُ ، وَمَصُوغَهُ سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً ؛ لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك .

= - فيما ينسبه إليه الناسبون - عن سنة عملية رآها بنفسه من رسول الله ﷺ أو حفظها منه ، بل كان اجتهادا منه ولذا لما بين له أبو سعيد الخدرى خطأه فى ذلك لم يقو على الدفاع عن رأيه ، ولم يبين لأبى سعيد سنة حفظها عن رسول الله ﷺ فى ذلك بل اعترف لعمر وابنه أنهما حفظا عن رسول الله ﷺ فى ذلك بل اعترف لعمر وابنه أنهما حفظا عن رسول الله ﷺ ما يحفظ ، ورجع عن رأيه ، بل استغفر الله منه ، وعده ذنباً أذنبه ، فلا يليق بفقيه عنده مسكة من دين أن يرتب ثمرة على رأى رجع عنه صاحبه ، ولا يعده خلافا . بل يجب المصير إلى رأى الجمهور ؛ فيد الله مع الجماعة .

(١) تقدم . (٢) تقدم . (٣) تقدم .

(٤) سقط فى ط . (٥) فى الأصل : مشكولة .

[مَسَائِلُ اخْتُلِفَ فيها في هذا الموضوع]

إلا معاوية فإنه كان يُجيزُ التفاضُلَ بين التبر والمصوغ ؛ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روي عن مالك ؛ أنه سئل عن الرجل يأتي دَارَ الضَّرْبِ بورَقِهِ ، فيعطيهم أجرةَ الضَّرْبِ، ويأخذ منهم دنانير ، ودراهم ، وزن ورَقِه أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خُرُوجِ الرفقة ، [ونحو ذلك] [١] ، فأرجو ألا يكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه ، وعيسى بن دينار ، وجمهور العلماء، ، وأجاز مالك بَدَلَ الدينار الناقص بالوازن ، أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهَةِ الْمَعْرُوف .

[السَّيْفُ ، وَالْمُصْحَفُ الْمُحَلَّي بِالْفِضَّةِ ، أَوْ بِالذَّهَبِ ، وَيُبَاعُ بِالْفِضَّةِ ، أَوِ الذَّهَبِ]

المسألة الثانية : اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة ، وفيه حِلْيَةُ فضة ، أو بالذهب ، وفيه حِلْيَةُ ذَهَب .

[قَوْلُ الشَّافعيّ]

فقال الشافعي : لا يجوز ذلك ؛ لجهل المماثلة المشترطة في بيع الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ في ذلك، والذهب بالذهب .

[رأيُ مَالك]

وقال مالك : إن كان قيمةُ ما فيه من الذهب أو الفضة الثُّلُثَ فأقل ، جاز بيعه ، أعني بالفضة إن كانت حليتُهُ [٢] فضة ، أو بالذهب إن كانت [حليته] [٣] ذَهَباً ، وإلا لم يَجُزْ ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضةُ قَليلةً لم تكن مقصودة في البيع ، وصارت كأنها هِبَةٌ .

[قَوْلُ أَبي حنيفة ، وأصحابه]

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف الْمُحَلَّى بِالْفِضَّةِ إذا كانت الفضةُ أكثرَ من الفضة التي في السَّيْفِ ، وكذلك الأمرُ في [بيع] [٤] السيف المحلي بالذهب ؛ لأنهم رأوا أن الفِضَّةَ التي فيه ، أو الذَّهَبَ يقابلُ مثلَهُ من الذهب ، أو الفضة المشتراةِ به، ويبقى الفضلُ قيمة السيْفِ .

---

(١) فى الأصل : أو نحوها .
(٢) فى الأصل : فيه .
(٣) فى الأصل : فيه .
(٤) سقط فى الأصل .

[دَلِيلُ الشَّافعيِّ]

وحجة الشافعي : عموم الأحاديث ، والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبيد[(١)] الله الأنصاري ؛ أنه قال : « **أُتِيَ رَسُولُ الله ﷺ وَهُوَ بِخَيْبَرَ ، بقلادَةٍ فيهَا ذَهَبٌ وَخَرَزٌ ، وَهِيَ مِنَ الْمغَانِمِ تُبَاعُ ، فَأَمَرَ رَسُولُ الله ﷺ بِالذَّهَبِ الَّذي في الْقِلادَةِ فَنُزِعَ وَحْدَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ رَسُولُ الله ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ** »[(١٠٠٩)] . خرجه مسلم .

وأما معاويةُ كما قلنا - : فأجاز ذلك على الإطلاق ، وقد أنكر عليه [أبو سعيد][(٢)] وقال : لا أسكن [في أرض][(٣)] أنتَ فيها ؛ لما رواه من الحديث .

[مِنْ شَرْطِ الصَّرْف أَنْ يَقَعَ نَاجزاً ، وَاخْتلاف الفقهاء في الزمان]

المسألة الثالثة : اتفق العلماءُ على أن من شَرْطِ الصرف أن يقع ناجزاً ، واختلفوا في الزمان الذي يَحُدُّ هذا المعنى .

فقال أبو حنيفة والشافعي : الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق الْمُتَصَارِفَانِ ، تَعَجَّلَ أَوْ تَأَخَّرَ القبض .

وقال مالك : إن تأخر القبضُ في المجلس ، بَطَلَ الصرفُ ، وإن لم يفترقا حتى كَرِهَ المواعدَةَ فيه .

[سَبَبُ الْخلاف]

وسبب الخلاف : ترددهم في مفهوم قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **إلا هَاءَ وَهَاءَ**»[(٤)] ؛ وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأي أن هذا اللفظ صَالِحٌ لمن لم

---

(١) فى ط : عبد الله .

(١٠٠٩) أخرجه مسلم (٣/١٢١٣) كتاب المساقاة : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، الحديث (١٥٩١/٨٩) ، وأبو داود (٣/٦٤٧ - ٦٥٠) كتاب البيوع : باب فى حلية السيف تباع بالدرهم ، الحديث (٣٣٥١) و (٣٣٥٢) و (٣٣٥٣) ، والترمذى (٣/٥٥٦) كتاب البيوع : باب ما جاء فى شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، الحديث (١٢٥٥) ، والنسائى (٧/٢٧٩) كتاب البيوع : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، وابن الجارود (ص : ٢٢٠) باب ما جاء فى الربا ، الحديث (٦٥٤) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/٧٣) ، وفى المشكل (٤/٢٤٣ - ٢٤٤) ، والدارقطنى (٣/٣) كتاب البيوع ، الحديث (١) ، (٢) ، والبيهقى (٥/٢٩٢) كتاب البيوع : باب لا يباع ذهب بذهب مع أحد الذهبين .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

(٢) فى الأصل : ابن مسعود . (٣) فى الأصل : بأرض . (٤) تقدم .

يفترق من المجلس ، أعني : أنه يُطْلَقُ عليه أنه باع هَاءَ وَهَاءَ ، قال : يجوز التأخير في المجلس ، ومن رأى أن اللفْظَ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور ، قال: إن تَأَخَّرَ القبضُ عن العقد في المجلس بَطَلَ الصرف ؛ لاتفاقهم على هذا المعنى ، ولم يَجُزْ عندهم في الصرف حَوَالَةٌ ولا حَمَالَةٌ ، ولا خِيَارٌ ، إلا ما حكي عن أبي ثور ؛ أنه أجاز فيه الخيار .

[التَّأخيرُ الذي يغلبُ عَلَيْه الْمُتَصَارِفَان ، أَوْ أَحَدُهُمَا]

واختلف [في] المذهب في التأخير الذي يغلب عليه [المتصارفان] [1] ، أو أحدهما : فمرة قيل فيه : إنه مثل الذي يقع بِالاخْتِيَارِ ، ومرة قيل : إنه ليس كذلك ، في تَفَاصِيلَ لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

[مَنِ اصْطَرَفَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ ، فَوَجَدَ دِرْهَماً زائفاً]

المسألة الرابعة : اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ، ثم وجد فيها درهماً زائفاً، فأراد رَدَّهُ .

[قَوْلُ مالك في هذه المسألة]

فقال مالك : ينتقض الصرفُ ، وإن كانت دنانيرَ كثيرةً انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينارٌ آخَرُ ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صَرْفِ دِينَارٍ ، قال : وإن رضي بالدرهم الزائف لم يَبْطُلْ من الصَّرْفِ شَيْءٌ .

[رأيُ أبي حنيفة]

وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدرهم [2] الزائف ، ويجوز تبديلُهُ إلا أن تكون الزُّيُوفُ نِصْفَ الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف في المردود .

[رأيُ الثَّوْرِيِّ]

وقال الثوري : إذا رد الزُّيُوفَ كان مخيَّراً إن شاء أبدلها ، أو يكون شريكاً له بِقَدْرِ ذلك في الدنانير أعني : لصاحب الدنانير .

[رأيُ أحمد بن حنبل]

وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً .

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : لا يبطل الدرهم .

وَابْنُ وَهْب مِنْ أَصْحَاب مَالك : يجيز البدلَ في الصرف ، وهو مبني على أن الْغَلَبَةَ على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ، ولا سيما في البعض ، وهو أحسن .

وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان .

[مُلَخَّصُ الأقوال الأربعة في هذه المسألة]

فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسألة أربعةُ أَقوَال : قَوَل : بإبطال الصَّرْفِ مطلقاً عند الرد ،، وقول : بإثبات الصرف وَوُجُوبِ الْبَدَلِ ،، وقول : بالفرق بين القليل والكثير،، وقول : بالتخيير بين بَدَل الزائف ، أو يكون شريكاً له .

[سَبَبُ الْخَلاف في هَذَا الْمَوْضُوع]

وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلَبَةَ [١] على التأخير في الصرف مُؤَثِّرَةٌ فِيهِ ، أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل ، أو في الكثير ؟

وأما وجودُ النقْصَان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرةً قال فيه : إنه إن رضي بالنقصان جَازَ الصَّرْفُ ، وإِنْ طَلَبَ الْبَدَلَ انتقضَ الصرفُ قياساً على الزُّيُوفِ ،، ومرة قال : يَبْطُلُ الصَّرْفُ ، وإن رضي به ، وهو ضعيف .

[إذَا قَبَضَ بَعْضَ الصرف ، وَتَأَخَّرَ بَعْضُهُ ، والخلافُ فيه]

واختلفوا أيضاً إذا قبض بعض الصَرف ، وتأخر بعضه أعني : الصرفَ المنعقد على التَّنَاجُزِ ، فقيل : يبطل الصرفُ كُلُّهُ ؛ وبه قال الشافعي .

وقيل : يبطل منه المتأخر فقط ؛ وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد ، و[أبو] يوسف . والقولان في المذهب .

[مَبْنَى هَذَا الْخلاف]

ومبني الخلاف : الخلافُ في الصفقة الواحدة يخالطَها حرام وحلال هل تَبْطُلُ الصفقةُ كُلُّها ، أو الحرام منها فقط ؟ .

[مَا اتَّفَقُوا عليه في الْمُرَاطَلَة]

المسألة الخامسة : أجمع العلماء على : أن المراطلةَ جَائزَةٌ في الذهب بالذهب ، وفي الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد ؛ لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صِفَةُ الذهبين وَاحِدَةً .

[مَا اختلفوا فيه]

واختلفوا في الْمُرَاطَلَةِ في موضعين : أحدهما :

---

(١) في الأصل : العلة .

أن تختلف صفة [الذهبيْن] (١) .

والثاني : أن يَنْقُصَ أحدُ الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضاً ، أو دراهم ، إن كانت المراطلة بِذَهَبٍ ، أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم .

[قَوْلُ مَالك]

فذهب مالك : أما في الموضع الأول ، وهوَ أنَّ يختلف جِنْسُ المراطل بهما في الجودة والرداءة ؛ أنه متى رَاطَلَ بأحدهما بصنف (٢) من الذهب الواحد ، وأخرج الآخر ذهبين ، أحدُهُمَا أجْوَدُ من ذلك الصنف الواحد ، والآخر أرْدأُ ، فإن ذلك عنده لا يجوز ، وإن كان الصِّنْفُ الواحدُ مِنَ الذَّهَبَيْنِ ، أعني : الذي أخرجه وَحْدَهُ أجودَ من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر ، أو أردأ منهما معاً ، أو مثل أحدهما ، وأجود من الثاني ، جَازَتِ الْمُرَاطَلَةُ عِنْدَهُ .

[قَوْلُ الشَّافعيِّ]

وقال الشافعي : إذا اختلف الذَّهَبَان ، فلا يجوز ذلك .

[قَوْلُ أبِي حَنيفَةَ]

وقال أبو حنيفة ، وجميع الكوفيين والبصريين : يجوز جَميعُ ذلك .

[عُمْدَةُ مَذْهَب مَالك في هذه المسألة]

وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك : الاتهام ، وهو مصيِّرٌ إلى القول بِسَدِّ الذَّرَائِعِ ، وذلك أَنَّهُ يَتَّهِمُ أن يكونَ الْمُرَاطِلُ إنما قصد بذلك بيع الذهبين مُتَفَاضِلاً ، [كأنه أعطى](٣) جُزْءاً من الوسط بأكثر منه من الأَرْدَأ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتذرَّعُ من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلاً ، مثال ذلك : أن إنساناً قال لآخر : « خُذْ مني خمسة (٤) وعشرين مثقالاً وسطاً بعشرين من الأعلى » ، فقال : لا يجوز هذا لنا ، ولكن أُعْطِيكَ عشرين من الأعلى ، وعشرة أدنى من ذَهَبِكَ ، وتعطيني أنت ثَلاثِينَ من الْوَسَطِ ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل الخمسة والعشرين من ذهب الوسط العشرين [مِنْ ذَهَبِكَ الأَعْلَى] (٥) .

وعمدة الشافعي : اعتبار التفاضلِ الموجود في القيمة .

---

(١) فى الأصل : الذهب . (٢) فى الأصل : بالصنف .

(٣) فى الأصل : فكأنه أعطاه . (٤) فى الأصل : سبعة . (٥) سقط فى الأصل .

وعمدة أبي حنيفة : اعتبارُ وجودِ الوزن من (١) الذهبين ، وَرَدُّ القول بِسَدِّ الذرائع .

[اختلافُهم في الْمُصَارفَة بالْعَدَد]

وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون كالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بِالْعَدَد ، أعني : إذا اختلفت جودةُ الذهبين ، أو الأذهاب .

[الاخْتِلافُ إذَا نَقَصَت الْمُرَاطَلَةُ ، فأراد أحدُهما أن يزيد شيئاً]

وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلةُ ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئاً آخر مما فيه الرِّبَا ، أو مما لا رِبَا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يُرَاطِلَ أحدهما صَاحِبَهُ ذهباً بذهب ، فينتقص أَحَدُ الذهبين عن الآخر ، فيريد الذي نَقَصَ ذَهَبُهُ أن يعطي عِوَضَ الناقص دراهم أو عَرَضاً ، فقال مالك ، والشافعي ، والليث : إن ذلك لا يجوز ، والمراطلة فاسدة .
وأجاز ذلك كله أبو حنيفة ، والكوفيون .

وعمدةُ الحنفية : تقديرُ وجودِ المماثلة بين الذهبين ، وبقاء الفضل مقابل العَرَض.
وعمدةُ مالك : التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلاً ، وعمدةُ الشافعي عدمُ المماثلة بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد الذي بالفضل (٢) ، ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت الْمُصَارَفَةُ بِالْعَدَد .

[هَلْ يَجُوزُ تُصَارُفُ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ فِي الذِّمَّة] ؟

المسألة السادسة : واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير ، وللآخر عليه دراهم : هل يجوز أن يَتَصَارَفَاهَا وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جَائِزٌ إذا كانا قد حَلا معاً .

وقال أبو حنيفة : يجوز في الحال ، وفي غير الحال .

وقال الشافعي ، والليث: لا يجوز ذلك حَلا ، أو لم يَحلا .

[حُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ هذا التَّصَارُفَ]

وحجة من لم يجزه : أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بِنَاجِزٍ ، كان أحرى ألا يجوز غائب بغائب .

[حُجَّةُ مَنْ أَجَازَ ذَلكَ]

وأما مالك : فأقام حلولَ الأَجَلَيْنِ في ذلك مقامَ النَاجزِ بالناجزِ ، وإنما اشترط أن يكون

---

(١) فى الأصل : بين . (٢) فى الأصل : بالنعل .

حَالَّيْنِ معاً ؛ لئلا يكون ذلك من [باب] [(١)] بيع الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ . وبقول الشافعي قال ابن وهب ، وابن كنانة من أصحاب مالك .

[هَلْ يَجُوزُ الصَّرْفُ على مَا لَيْسَ عِنْدَهُمَا ؟]

وقريب من هذا اختلافُهُمْ في جَوَازِ الصرف على ما ليس عندهما إذا دَفَعَهُ أَحَدُهُمَا إلى صاحبه قبل الافتراق ؛ مثل أن يَسْتَقْرِضَاهُ في المجلس ، فَتَقَابَضَاهُ قبل الافتراقِ ، فأجاز ذلك الشافعي ، وأبو حنيفة ، وكرهه ابن القاسم من الطرفين ، واستخفَّهُ من الطرف الواحد ، أعني إذا كان أَحَدُهُمَا هو المستقْرِضَ فقط .

وقال زفر : لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طَرَفٍ وَاحِد .

[الرَّجُلُ يكون له على الرَّجُلِ دَرَاهِمُ إِلَى أَجَلٍ ، هَلْ يَأْخُذُ فيها ذَهَباً] ؟

ومن هذا الباب : اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل ، هل يأخذ فيها إذا حَلَّ الأجلُ ذهباً ، أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبضُ قَبْلَ الافْتِرَاقِ . وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك ، وإن لم يحل الأجل ، ولم يُجِزْ ذلك جماعةٌ من العلماء ، سواء كان الأجَلُ حَالا ، أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس ، وابن مسعود .

وحجةُ مَنْ أَجَازَ ذَلِكَ : حديث ابن عمر قال : « **كُنْتُ أَبِيعُ الإِبلَ بِالْبَقِيعِ ، أَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ ، وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ ، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ ، وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ ، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ الله ﷺ فَقَالَ : « لا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِ »** [(١٠١٠)] » ، خرجه أبو داود [(٢)] .

---

(١) سقط فى ط .

(١٠١٠) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٥٠ - ٦٥١) كتاب البيوع : باب فى إقتضاء الذهب من الورق ، الحديث (٣٣٥٤)، وأحمد (٢/ ١٣٩) ، والترمذى -(٣/ ٥٤٤) كتاب البيوع : باب ما جاء فى الصرف، الحديث (١٢٤٢) ، والنسائى (٧/ ٢٨٣) كتاب البيوع : باب أخذ الورق من الذهب ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٠) كتاب التجارات : باب اقتضاء الذهب من الورق ، الحديث (٢٢٦٢) ، وابن حبان (١١٢٨ - موارد) ، وابن الجارود ص (٢٢٠) باب ماجاء فى الربا ، الحديث (٦٥٥) ، والدارقطنى (٣/ ٢٣ - ٢٤) كتاب البيوع : باب اقتضاء الذهب من الورق ، كلهم من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به بزيادة « ما لم تفترقا وبينكما شئ » .

وقال الحاكم : (صحيح على شرط مسلم) . وقال الترمذى : (لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر ، وروى داود بن أبى هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفاً) . وقال البيهقى : تفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من أصحاب ابن عمر) .

=

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ : ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره : « **وَلا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِباً بِنَاجِزٍ** »[١] .

[الاخْتِلافُ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ وَالصَّرْفِ]

المسألة السابعة : اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقيل : إنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر ، والآخر تبعٌ[٢] لصاحبه ، وسواءٌ كان الصَّرْفُ فِي دِينَارٍ واحد ، أو في دنانير .

وقيل : إن كان الصرفُ فِي دِينَارٍ وَاحِدٍ ، جَاز كيفما وَقَعَ ، وإن كان في أَكْثَرَ ، اعْتُبِرَ كَوْنُ أحدهما تَابِعاً للآخر في الجواز ، فَإن كانا معاً مَقْصُودَيْنِ ، لم يَجزْ ، ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ؛ لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى رِبًا وَلا غَرَرٍ .

تم كتاب الصرف بحمد الله وعونه .

* * *

= قال الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٦) : روى البيهقى من طريق أبى داود الطيالسى قال : سئل شعبة عن حديث سماك هذا ، فقال شعبة : سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه ، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه ، ونا يحيى بن أبى إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه ، ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أفرقه » أ.هـ .

وقد تعقب النووى فى « المجموع » (٩/ ٣٢٩ - ٣٣٠) قول البيهقى فقال : وهذا لا يقدح فى رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلاً وبعضهم متصلاً وبعضهم موقوفاً وبعضهم مرفوعاً كان محكوماً بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذى قاله الفقهاء والأصوليون ومحققوا المحدثين من المتقدمين والمتأخرين .

(١) تقدم .

(٢) فى الأصل : بيع .

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وسلم
كتاب السلم (١)

---

(١) السلم لغة :

السَّلَفُ وَزْناً ومَعْنًى ، وذلك المعنى هو بيع الآجل بالعاجل ، وإن لم يستكمل الشروط ، فهما مترادفان ، يشعر بهذا الترادف مجيئهما فى الحديث على هذا المعنى ، فقد روى أن النبى ﷺ عبّر عن السَّلم بالسلف ، فقال : « من أسلف فى شئ ، فليسلف فى كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى آجل معلوم » .

وروى أنه ﷺ قال : « من أسلم فى شئ ، فلا يصرفه إلى غيره » .

ويشعر بهذا الترادف أيضا قول الماوردى : السلم لغة أهل « الحجاز » ، والسلف لغة أهل « العراق» أى : أنهما لفظان يدلان على معنى واحد ، وقد استعمل الحجازيون لفظاً ، والعراقيون لفظاً ، للدلالة على هذا المعنى ، وهذا آية الترادف .

وكما يطلق السلف على هذا المعنى « بيع الآجل بالعاجل » يطلق على القرض بدون منفعة ، فإذا أسلف شخص آخر عشرين جنيها مثلاً إلى أجل ، بدون أن يأخذ منه سلعة ينتفع بها ، فإنه يقال لذلك : سلف ، ولا يقال له : سلم ، وعلى ذلك المعنى فهو مغاير للسلم ، ومرادف له ، بالنظر إلى المعنى الأول .

انظر : لسان العرب : ٢٠٨١/٣ ، المصباح المنير : ٢٨٦/٢ ، تحرير التنبيه : ٢٠٩

واصطلاحا :

عرفه الحنفية بأنه : عبارة عن نوع من بيع معجل فيه الثمن - هو أخذ عاجل بآجل .

عرفه الشافعية بأنه : بيع موصوف فى الذمة .

وعرفه المالكية بأنه : بيع شئ موصوف فى الذمة بغير جنسه مؤجلا .

وعرفه الحنابلة بأنه : عقد على موصوف بذمة مؤجل ، بثمن مقبوض ، بمجلس عقد .

انظر : شرح فتح القدير : ٦٩/١ ، مغنى المحتاج : ١٠٢/٢ ، مواهب الجليل : ٥١٤/٤ ، مطالب أولى النهى : ٢٠٧/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٢٠٣/٤ ، أسهل المدارك : ٣١١/٢ ، كشاف القناع : ٢٨٨/٣ .

والدليل على مشروعية السلم الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

الكتاب :

قال الله تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ . =

... ...

= ووجه الدلالة فيها :

ماروى عن ابن عباس - رضى الله عنه - أنه قال : أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون ، وأنزل فيه أطول آية فى كتابه ، ثم تلا قوله تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فشهادته - رضى الله عنهما - بأن الآية نزلت فى السلف المضمون إلى أجل مسمى ، وليس هو إلا السلم ، تدل على على اندراجه تحت عموم الآية بالطريق الأولى ؛ لأن سبب النزول تشمله الآية شمولاً أولياً ، وبما أن الآية آمرة بكتابة الدين ، وأقل مراتب الأمر بها الجواز ، فيكون السلم إذن جازاً بها .

وأيضاً فقول الله - تعالى - فى آخر هذه الآية : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ﴾ يبين لنا ما يجب اتباعه فى البيع الناجز ، فدل هذا على أن ما قبله ، وهو أول الآية فى الموصوف غير ناجز وهو السلم ، فكان هذا دليلا على جوازه .

السُّنَّة :

ما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - من طرق شتى ، أن رسول الله ﷺ قدم « المدينة » ، وهم يسلفون فى الثمر السن والسنتين والثلاث فقال ﷺ : « من أسلف ، فليسلف فى كل معلوم، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » أخرجه الأئمة الستة .

هذا نص من السنة ، وكثير جداً ما ورد فيها فى جواز السلم .

فالسنة قد جاءت ببيان شرائط السلم ، فكان هذا منه ﷺ تقريراً لأصل العقد ، ودليلاً على جوازه.

الإجماع :

قد أجمع الصحابة والسلف - رضوان الله عليهم أجمعين - على جواز هذا النوع من المعاملة ، ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا سعيد بن المسيب فى رواية عنه .

فقد قال أهل العلم : اتفقوا على مشروعيته « السلم » إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب .

وأنا أشك فى صحة هذه الرواية عن هذا الإمام الجليل شيخ فقهاء « المدينة » ، وأحفظ رواتها للآثار، وأشدهم اتباعاً لمن سلفه وأعتقد ضعفها ، على فرض صحة روايتها عنه ،ومما يدل على ذلك:

الأول : أن الترمذى قد ذكر اتفاق العلماء على السلم ، من غير ذكر أى مخالف ، مع أن عادته ذكر الخلاف إذا كان موجوداً .

الثانى : حكايتها فى كل مصادرها بصيغة المبنى للمجهول .

الثالث : ذكرها خالية من الاستدلال ، إلا ما نقله صاحب « الروض النضير » فى فقه الزيدية ، حيث قال : وروى عن ابن المسيب النهى عنه ، لحديث : « لا تبع ما ليس عندك » .

وأجيب : بأنه يحتمل أن يكون معناه لا تبع ما ليس عندك أى : ما ليس ملكك ، وأن يكون المعنى ما يكون غائبا عنك عنده مما ليس بسلم وتكون أدلة جواز السلم خاصة ، وهى صريحة فى معناها ، هذه أمور تحمل على الاعتقاد بأن تلك الرواية قد بلغت من الضعف حدا بحل معه أن تنسب إلى إمام من أئمة التابعين ، الأمر الذى يجعل الاستدلال بالإجماع صحيحاً ، ويجعل الناظر فى أدلة الأحكام الفقهية فى غنى عن أن يتلمس وجهة لمخالفة هذا الإمام لعامة الصحابة ، والتابعين ، أو يتلمس وجهة لمخالفة هذا الإمام لعامة الصحابة والتابعين أو يتلمس له مخرجاً يجيب عن أدلتهم .

[أَبْوَابٌ ثَلاثَةٌ فِي كِتَابِ السَّلَمِ]

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب **الباب الأول** : في مَحِلِّهِ ، وشروطه .

الباب الثاني : فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السَّلَمُ ، وما يعرض في ذلك من الإِقَالَةِ ، والتَّعْجِيلِ ، والتأخيرِ .

الباب الثالث : في [اختلافهم] (١) في السَّلَمِ .

* * *

(١) في الأصل : اختلافهما .

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِي مَحلِّه ، وَشُرُوطه

[جَوَازُ السَّلَمِ فِي كُلِّ مَا يُكَالُ ، أَوْ يُوزَنُ]

أما محله : فإنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال ، أو يوزن ؛ لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور ؛ قال : « **قَدمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلمُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلاثَ ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: « مَن أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي ثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ** » (١٠١١) .

[امْتِنَاعُ السَّلَمِ فِيمَا لا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّة]

واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة ، وهي الدور ، وَالعَقَارُ .

[الْقَوْلُ فِي السَّلَمِ فِي العُرُوضِ ، وَالْحَيَوَان]

وأما سائر ذلك من العروض والحيوان ، فاختلفوا فيها : فمنع ذلك داود ، وطائفة من أهل الظاهر مصيراً إلى ظاهر هذا الحديث ،، والجمهور على أنه جائز في العُرُوضِ التي تنضبط بالصفةِ ، وَالْعَدَد .

[الْقَوْلُ فِي السَّلَمِ فِي الْحَيَوَان ، وَالرَّقِيق]

واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذَلكَ الحيوان ، والرقيق : فذهب [مالك] (١) والشافعي ، والأوزاعي ، والليث إلى أن السلم فيهما جَائِزٌ ، وهو

(١٠١١) أخرجه أحمد (١/ ٢٨٢) ، والبخارى (٤/ ٤٢٩) كتاب السلم : باب فى وزن معلوم ، الحديث (٢٢٤٠) ، و (٢٢٤١) ، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ - ١٢٢٧) كتاب المساقاة : باب السلم ، الحديث (١٢٧/ ١٦٠٤) ، وأبو داود (٣/ ٧٤١ - ٧٤٢) كتاب البيوع والتجارات : باب فى السلف ، الحديث (٣٤٦٣) ، والترمذى (٣/ ٦٠٢ - ٦٠٣) كتاب البيوع : باب ما جاء فى السلف فى الطعام والتمر ، الحديث (١٣١١) ، والنسائى (٧/ ٢٩٠) كتاب البيوع : باب السلف فى الثمار ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٥) كتاب التجارات : باب السلف فى كيل معلوم ، الحديث (٢٢٨٠) ، وابن الجارود ص (٢٠٨ - ٢٠٩) باب فى السلم ، الحديث (٦١٤) و (٦١٥) ، والدارمى (٢/ ٢٦٠) كتاب البيوع : باب فى السلف ، والدارقطنى (٣/ ٣) كتاب البيوع ، رقم (٣) ، والحميدى (١/ ٢٣٧) ، رقم (٥١٠) ، والطبرانى فى الصغير (١/ ٢١٢) ، والشافعى (٢/ ١٦١) ، رقم (٥٥٧) ، والبيهقى (٦/ ١٨) كتاب البيوع : باب جواز السلف المضمون بالصفة ، وفى (٦/ ١٩) باب السلف فى الشئ ، والبغوى فى « شرح السنة» (٤/ ٣٢٨ - بتحقيقنا) .

(١) سقط فى الأصل .

قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبو حنيفة ، والثوري ، وأهل العراق : لا يجوزُ السَّلَمُ في الحيوان ، وهو قول ابن مسعود ، وعن عمر [١] في ذلك قولان .

[عُمْدَةُ مَنْ مَنَعَ السَّلَمَ فِي الْحَيَوَان]

وعمدةُ أَهْلِ الْعِرَاقِ في ذلك : ما روي عن ابن عباس : « **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ السَّلَفِ فِي الْحَيَوَانِ** » [١٠١٢] .

وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضاً بنهيه - عليه الصلاة والسلام - عن بَيْعِ الحيوانِ بِالحيوانِ نَسيئَةً [٢] .

[عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهُ]

وعمدة من أجاز السَّلَمَ في الحيوان : ما روي عن ابن عمر : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشًا ، فَنَفِدَتِ الإِبلُ ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى قلاصِ الصَّدَقَة ، فَأَخَذَ الْبَعيرَ بِالْبَعيرَيْن إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ** » [٣] ، وحديث أبي رافع أيضاً : « **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ بَكْراً** » [١٠١٣] ،

---

(١) فى الأصل : وعن ابن عمر .

(١٠١٢) قلت : أخرجه الدارقطنى ، والحاكم ، كلاهما من حديث إسحاق بن إبراهيم الجوثى ، ثنا عبد الملك بن عبد الرحمن الذمارى ، ثنا سفيان الثورى ، حدثنى معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس به .

وقال الحاكم : (صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه) وأقره الذهبى ، وتعقبه ابن عبد الهادى كما فى «نصب الراية» (٤/ ٤٦) بأن إسحاق بن إبراهيم بن جوثى قال فيه ابن حبان : منكر الحديث جدا ، يأتى عن الثقات بالموضوعات ، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب . وقال الحاكم : روى أحاديث موضوعة . أ،هـ .

(٢) تقدم . (٣) تقدم .

(١٠١٣) أخرجه مالك (٢/ ٦٨) كتاب البيوع : باب ما يجوز من السلف ، الحديث (٨٩) ، والطيالسى (١٣٠) ، الحديث (٩٧١) ، والدارمى (٢/ ٢٥٤) كتاب البيوع : باب فى الرخصة فى استقراض الحيوان ، وأحمد (٦/ ٣٩) ، ومسلم (٣/ ١٢٢٤) كتاب المساقاة : باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه ، الحديث (١١٨/ ١٦٠٠) ، وأبو داود (٣/ ٦٤١) كتاب البيوع : باب فى حسن القضاء ، الحديث (٣٣٤٦) ، والترمذى (٣/ ٦٠٩) كتاب البيوع : باب ما جاء فى استقراض البعير ، أو الشئ من الحيوان ، أو السن ، الحديث (١٣١٨) ، والنسائى (٧/ ٢٩١) كتاب البيوع : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات : باب السلم فى الحيوان ، الحديث (٢٢٨٥) ، والبيهقى (٦/ ٢١) كتاب البيوع : باب من أجاز السلم فى الحيوان ، عنه قال : «استسلف النبى ﷺ بكرا ، فجاءته إبل الصدقة ، فأمرنى أن أقضى الرجل بكره ، فقلت : إنى لم أجد فى الإبل إلا جملاً خياراً رباعيا ، فقال : أعطه إياه ، فإن من خير الناس أحسنهم قضاءاً » .

قالوا : وهذا كُلُّهُ يدل على ثبوته في الذمة .

[سَبَبُ اخْتِلافِهِمْ]

فسبب اختلافِهِمْ شيئان : أحدُهُمَا : تعارضَ الآثار في هذا المعنى ،، والثاني : تَرَدُّدُ الحيوان بين أن ينضبط بالصفة ، أو لا ينضبط ،، فمن نظر إلى [تباين] (١) الحيوان في الْخَلْقِ والصِّفَاتِ ، وبخاصة صفات النفس ، قال : لا تنضبط ، ومن نظر إلى تشابهها، قال : تنضبط .

[الْقَوْلُ فِي السَّلَمِ فِي الْبَيْضِ ، وَالدّرِّ ، وَاللَّحْمِ ، وَالأَكَارِعِ]

ومنها اختلافهم في البيض ، والدر ، وغير ذلك : فلم يُجِزْ أبو حنيفة السلم في البيض، وأجازه مالك بِالْعَدَدِ ، وكذلك في اللَّحْمِ أجازه مالك ، والشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ، وكذلك السلم في الرءوس ، والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة .

واختلف في ذلك قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وكذلك السلم في الدّرِّ ، والفصوص أجازه مالك ، ومنعه الشافعي ،، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو (٢) الأصولُ الضابطة للشريعة (٣) لا إحصاء الفروع ؛ لأن ذلك غَيْرُ مُنْحَصِرٍ .

[شُرُوطُ السَّلَمِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهَا]

وأما شروطه : فمنها مجمعٌ عليها ، ومنها مختلفٌ فيها ، فأما المجمعُ عليها فهي ستة: منها أن يكون الثمنُ والمثمونُ مما يجوز فيه النَّسَاءُ ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النَّسَاءُ ؛ وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك - رحمه الله - ، وإما اتفاقُ الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطَّعْمِ مع الجنس على ما يراه الشافعي في عِلَّةِ النَّسَاءِ .

ومنها أن يكون مقدراً إما بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، [أو منضبطاً] (٤) بالصفة إن كان مما المقصودُ منه الصفةُ .

ومنها : أن يكون موجوداً عند حُلُول الأَجَلِ .

[الْقَوْلُ في تَأخير الثَّمَنِ ، وَمُدَّته]

ومنها : أن يكون الثمنُ غَيْرَ مُؤَجَّلٍ أَجَلاً بعيداً ؛ لئلَا يكون من باب الْكَالِيءِ بِالْكَالِيءِ ،، هذا في الجملة .

واختلفوا في اشتراط اليومين ، والثلاثة في تأخير نَقْدِ الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا

---

(١) فى الأصل : قياس .

(٢) فى الأصل : هى .

(٣) فى الأصل : للشرع .

(٤) فى الأصل : ينضبط .

يجوز في المدة الكثيرة ، ولا مطلقاً ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وكذلك أجازَ تَأْخيرَهُ بِلا شَرْطٍ .

وذهب أبو حنيفة ، والشافعي إلى أن من شَرْطِهِ التَّقَابض في المجلس كالصرف . فهذه ستة متفق عليها .

[مَا اخْتَلَفُوا فيه منْ شُرُوط]

واختلفوا في أربعة : **أحدها** : الأَجَلُ هل هو شرط فيه أمْ لا ؟ .

والثاني : هل من شرطه أن يكون جِنْس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا؟ .

والثالث : اشتراطُ مكانِ دَفْعِ المسلم فيه .

والرابع: أن يكون الثمن مقدراً ، إما مكيلاً ، وإما موزوناً ، وإما معدوداً ، وألا يكون جُزَافاً .

[الْقَوْلُ فِي الأَجَلِ ، وَرَأْيِ الأئمة فيه]

فأما الأجلُ : فإن أبا حنيفة هو عنده شرطُ صِحَّةٍ بلا خلاف [(١)] عنه في ذلك ، وأما

---

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على اشتراط الأجل فى المسلم فيه إذا كان غير موجود عند العقد ، ولم يكن مقدورا على تسليمه فيه .

واختلفوا فيما إذا كان المسلم فيه موجودا عند العقد مقدوراً على تسليمه ، بأن يقول : رب السلم للمسلم إليه أسلمت إليك عشرين جنيها مصريا فى عشرين إردبا من الذرة الشامية على أن تسلمها لى الآن .

قالت الأئمة الثلاثة والظاهرية والزيدية : يشترط لصحة السلم أن تكون السلعة فيه مؤجلة بحيث لو كان حالا ؛ فإنه لا يكون سلما .

وقال الشافعى بجواز السلم الحال ؛ كالصورة السابقة ، فالمدار عندهم فى تحقق السلم الحال هو أن يبيع شخص لآخر سلعة موصوفة فى ذمته وصفا يرفع الجهالة الفاحشة عنها ،ويسلمها له فى المجلس.

واستدل الجمهور على اشتراط الأجل فى السلم بالسنة والمعقول :

السنة :

ما أخرجه الأئمة الستة عن أبى المنهال قال : سمعت ابن عباس - رضى الله عنهما - يقول : « قدم رسول الله ﷺ المدينة ، وهم يسلفون فى الثمار السنة ، والسنتين ، والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

وطريق الاستدلال به من وجوه :

أ - أن الرسول ﷺ قد أوجب مراعاة القدر فى السلم بهذا النص ، فمراعاة الأجل تكون واجبة أيضا فيه ؛ كالقدر ؛ لأن الأمر منصب فيهما بعبارة واحدة ، فلا تصح التفرقة بينهما إذن .

ب - أن الرسول ﷺ بقوله هذا قد شرع السلم موصوفا بصفة بوجه خاص ومنه التأجيل ، فلا يوجد السلم بدون تلك الصفة ؛ لأن المشروع بصفة لا يوجد بدونها ؛ وذلك كالصلاة شرعت بوضوء=

... ...

= فلا توجد بدونه ، وكمن قال : « من دخل دارى فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها إلا وهو كذلك » .

جـ - أن الحديث يفيد اشتراط الأجل من حيث المغايرة بين قرائنه ؛ إذ لو كان المراد منه أن يكون الأجل معلوما إذا كان مؤجلا ؛ لكان يقول وأجل معلوم ؛ كما قال فى كيل معلوم ، فقوله : إلى أجل معناه : وليكن إلى أجل معلوم ، فدل هذا على وجوب اشتراط الأجل هنا .

د - أن حذف الواو فى قوله ﷺ : إلى أجل معلوم جعل الأجل متعلقا بكل من السلم فى المكيل ، والسلم فى الموزون ، فليس هو مخيراً فيه كما كان مخيراً فى الكيلية والوزنية ؛ وذلك دليل على لزومه مطلقا .

المعقول :

وقد استدل الجمهور بالمعقول على اشتراط الأجل فى السلم فقالوا :

أولاً : السلم لغة بمعنى السلف ، وهو تعجيل أحد البدلين مع تأخير الآخر ، ولهذا اختص باسم لا يشاركه فيه غيره من أنواع البيوع ، فلو جاز حالاً لما كان هناك وجه لاختصاصه باسم السلم ؛ إذ تصبح التسمية غير مطابقة .

ثانياً : أن السلم شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس الذين يحتاجون إلى نفقة عاجلة ، يوقدرون على البدل بقدرة آجلة ، وللاسترباح بالنسبة لأرباب الأموال ، ولا بد للرخصة من محل يصلح لأن تتحقق وتوجد فيه ، والسلم الحال لا يصلح لأن يكون محلا لهذا الترخيص الذى قد منّ الله به على عباده ، وذلك ؛ لأن المسلم إليه فيه قادر على تسليم المعقود عليه ، وإذن فليس به من حاجة يراد دفعها بالترخيص له فى السلم ؛ وإذ لا حاجة لم يكن هناك وجه للمشروعية .

واستدل الإمام الشافعى رضى الله عنه على عدم اشتراط الأجل بالكتاب والسنة والمعقول .

الكتاب :

قال الله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وهو عام يشمل كل أفراد البيع مطلقا من غير اشتراط التأجيل فى أحدها ما لم يخرج بيع بدليل خاص ، فيدخل فيه السلم الحال ؛ إذ لا دليل على خروجه .

السنة :

ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أسلم ، فليسلم فى كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » .

ووجه الدلالة فيه : أن معنى الحديث من أسلم فى مكيل ، فليسلم فى مكيل معلوم ، أو فى موزون فليسلم فى موزون معلوم ، أو إلى أجل ، فليكن إلى أجل معلوم ، فالمراد بالحديث الإخبار بالقيد ، وهو المعلومية لهذه الأشياء ، مع ملاحظة تقييد الشئ بقولنا مكيل أو موزون وعلى هذا فليس فى الحديث ما يوجب الأجل ، وإنما أوجب العلم به إذا وجد فالإيجاب راجع إلى الوصف وهو المعلومية دون الموصوف وهو الأجل ، وإنما كان المراد من الحديث هذا ؛ لأنه لو أريد به حصر المشروعية فى المؤجل ؛ لكان أمراً بحصر السلم فى المكيل ، والموزون فقط لا يتعداها إلى غيرها ؛ لأن النسق فى الفصول الثلاثة واحد ، فما يجرى على أحدها يجرى على الآخر ، وهذا باطل ؛ لأننا نقول بجواز السلم فى كل ما يضبط من مزروع ومعدود باتفاق بيننا وبينكم .

المعقول :

واستدل الإمام الشافعى رضى الله عنه بالمعقول ، فقال : =

مالكٌ فالظاهر من مذهبه ، والمشهورُ عنه أنه من شرط السَّلَمِ ، وقد قيل : إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الْحَالِّ ، ، وأما اللخمي فإنه فَصَّلَ الأمر في ذلك ؛ قال : إن السلم في المذهب يكون على ضَرْبَيْنِ : سَلَمٍ حَالٍّ ، وهو الذي يكون من شَأْنِهِ بَيْعُ تلك السلعة ، وسلم مُؤَجَّل ، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة .

[عُمْدَةُ من اشْتَرَطَ الأَجَلَ]

وعمدة من اشترط الأجل شيئان : الأول : ظاهر حديث ابن عباس ، ، [1] والثاني : أنه إذا لم يشترط فيه الأَجَلُ كان من باب [بيع] ما ليس عند البائع المنهي عنه [2] .

[عُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ]

وعمدة الشافعي : أنه إذا جاز مع الأجل فهو حَالا أجوز ؛ لأنه أَقَلُّ غَرَراً ، وربما استدلت الشافعية بما روي ؛ « **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى جَمَلاً مِنْ أَعْرَابِيٍّ بِوَسْقِ تَمْرٍ ، فَلَمَّا دَخَلَ الْبَيْتَ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ ، فَاسْتَقْرَضَ النَّبِيُّ ﷺ تَمْراً ، وَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ** » [١٠١٤] ، ، قالوا : فهذا هو

= أولاً : إن الأجل شرع فى البويعات الحاضرة مخيرا فيه للترفيه عن المحتاج ، وليس شرطا فيها فالسلم كذلك مشروع فيه الأجل ترفيها لا شرطا ؛ لأن الكل معاوضة مال بمال .

ثانياً : المقتضى لاشتراط الأجل فى السلم : هو السعى فى تحصيل المسلم فيه للقدرة على تسليمه ، والإقدام على العقد دليل عليها ، إذ الشأن أن العاقل لا يلتزمن شيئا لاي قدر على تسليمه حفظا لكرامته وصيانة لمركزه ، فكان ظاهر الأمر يفيدنا أنه أقدم على هذا العقد ، وهو قادر على تسليمه ؛ وذلك كاف فى جواز العقد إذ الأحكام تناط بالظواهر ، وعلى هذا فلا داعى إذاً للأجل فلا يشترط :

على أنه لو لم يكن قادراً على التسليم ، فقد ثبتت قدرته بما دخل فى يده من رأس المال بواسطة التحصيل به ؛ ولذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم قبل قبضه المسلم فيه .

ومجمل هذا أن المقتضى لاشتراط الأجل : هو السعى فى تحصيل المسلم فيه ليقدر على تسليمه ، والفرض أنه قادر فاشتراطه إذا يكون بلا مقتض .

هكذا يسوق الحنفية هذا الاستدلال للشافعية فى كتبهم وأرى الشافعية فى غنى عنه باشتراطهم فى السلم الحال وجود المسلم فيه وقت العقد ، فتكون القدرة على التسليم محققة ، فلا داعى إلى الخلف الذى يقوم مقامها وهو الأجل ؛ إذ اشترط صحة الخلفية تعذر الأصل ، والأصل هنا موجود وهو القدرة .

ثالثاً : اتفقت كلمة الفقهاء على جواز السلم مؤجلا ، فليجز حالاً بالأولى ؛ لأنه أنفى للغرر هكذا يسوق الشافعية هذا الدليل وبيانه :

أن السلم المؤجل يعتريه احتمال تحقق القدرة على التسليم ، واحتمال حصول التسليم بالفعل ، أما السلم الحال ، فلم يكن فيه إلا احتمال حصول التسليم فقط ؛ لأن الفرض أن القدرة محققة ، وما فيه احتمال واحد يكون أبعد وأنفى للغرر عما فيه احتمالان ، وعلى هذا فجواز السلم الحال يكون بطريق الأولى .

(١) تقدم . (٢) تقدم .

(١٠١٤) أخرجه أحمد (٦/٢٦٨ – ٢٦٩) ، والبزار (٢/١٠٥) الحديث (١٣٠٩) ، والحاكم (٢/٣٢) كتاب البيوع : باب من طلب حقاً فليطلب فى عفاف ، والبيهقى (٦/ ٢٠) كتاب البيوع =

شراء حال بثمن في الذمة .

[دَلِيلُ المالكيَّة من جهَة الْمَعْقُول]

وللمالكية من طريق المعنى : أن السلم إنما جُوِّزَ لموضع الارْتِفَاق ؛ ولأن [المسلِّف] [(١)] يرغب في تَقْدِيمِ الثَّمَنِ ؛ لاسترخاص المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النَّسِيئَةِ، وإذا لم يشترط الأجل زَالَ هذا المعنى .

[هَلْ يَجُوزُ تَقْدِيرُ الأَجَلِ بغَيْرِ الأيام والشهور ؟]

واختلفوا في الأجل في موضعين : **أحدهما** : هل يقدر بغير [(٢)] الأيام ، والشهور مثل: الْجُذَاذِ ، والْقِطَافِ ، وَالْحَصَادِ ، والموسمِ ؟

[مِقْدَارُ الأَجَلِ مِنَ الأَيَّامِ]

والثاني : في مقداره من الأيام ، [وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام] [(٣)] أن المسلَّم فيه على ضربين :

ضرب يقتضي بالبلد المسلم فيه .

وضرب يقتضي بغير البلد الذي وَقَعَ فيه السَّلَمُ ، فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم : إن المعتبرَ في ذلك أَجَلٌ تَخْتَلِفُ فيه الأسواقُ ، وذلك خَمْسَةَ عَشَرَ يوماً ، أو نحوها .

وروي ابن وهب عن مالك ؛ أنه يُجَوِّزُ اليومين ، والثلاثةَ ،، وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد ،، وأما ما يقتضي بِبَلَدٍ آخرَ ، فإن الأجل عندهم فيه هو قَطْعُ

= باب جواز السلم الحال ، من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت : : « اشترى رسول الله ﷺ جزوراً من أعرابى بوسق تمر عجوة ، فطلب رسول الله ﷺ عند أهله تمرا فلم يجده ، فذكر ذلك للأعرابى فصاح الأعرابى واغدراه ، فقال رسول الله ﷺ : بل أنت يا عدو الله ياعدو الله أغدر ، فقال رسول الله ﷺ : دعوه فإن لصاحب الحق مقالا ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى خولة بنت حكيم وبعث بالأعرابى مع الرسول فقال : قل إنى ابتعت هذا الجزور من هذا الأعرابى بوسق تمر عجوة ، فلم أجد عند أهلى فأسلفينى وسق تمر عجوة لهذا الأعرابى ، فلما قبض الأعرابى حقه رجع إلى النبى ﷺ فقال له: قبضت ؟ قال : نعم ، وأوفيت وأطبت ، فقال رسول الله ﷺ : أولئك خيار الناس الموفون المطيبون » .

قال البزار : قد رواه بعضهم عن عروة عن عائشة وهذا أحسن شيئاً عنه .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (١٤٢/٤) وقال : رواه أحمد ، والبزار ، وإسناد أحمد صحيح .

(١) فى الأصل : السلف .　　(٢) فى الأصل : تغيير .　　(٣) سقط فى الأصل .

المسافة التي بين البلدين ، قَلَّتْ أو كَثُرَتْ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أَقَلَّ من ثلاثة أيام.

[سَبَبُ اختلاف الفقهاء في تقدير الأَجَلِ فِي السَّلَمِ]

فمن جعل [الأجل] [1] شرطاً غير معلل ، اشترط فيه أقل ما ينطلق عليه الاسمُ ، ومن جعله شرطاً مُعَلّلاً باختلاف الأسواق ، اشترطَ من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالباً.

[اخْتلافُ الْفُقَهَاء فِي الأَجَلِ إِلَى الْجُذَاذ ، وَالْحَصَاد]

وأما الأجل إلى الجذاذ ، والحصاد ، وما أشبه ذلك : فأجازه مالك ، ومَنعه أبو حنيفة ، والشافعي ، فمن رأى أن الاختلافَ الذي يكون في أمثال هذه الآجال يَسيراً ، أجاز ذلك؛ إذ الغرر [2] اليسيرُ معفوٌّ عنه في الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قِبَلِ الزيادة والنقصان . ومن رأى أنه كثير ، [وأنه أكثر] [3] من الاختلاف الذي يكونُ من قِبَلِ نقصان الشهور وكمالها ، لم يُجِزْهُ .

[هَلْ مِنْ شَرْطِ السَّلَمِ كَونُ جنسِ المسلَّمِ فيه موجوداً وَقْتَ عَقْد السَّلَمِ ؟]

وأما اختلافهم في هل من شرط السَلم أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عَقْد السَّلَمِ : فإن مالكاً ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا: يجوز السلمُ في غير وقت إبانه ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثوري والأوزاعي : لا يجوزُ السلم إلا في إبانِ الشيء المسلم فيه ،، فحجة من لم يشترط الإبانَ ما ورد في حديث ابن عباس : أن الناس كانوا يسلِّمُونَ في التمر السنتينِ [4] والثلاَث ، فَأُقرُّوا على ذلك ، ولم يُنْهَوْا عنه ،، وعمدة الحنفية ما روي من حديث ابن عمر ؛ أن النبي ﷺ قال : « **لا تُسْلِفُوا في النخل** [5] **حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا** » [1015] ، وكأنهم رأوا أن الْغَرَرَ يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجوداً في حال الْعَقْد ، وكأنه يشبه بيعَ مَا لَمْ يُخْلَقْ [أكثر ، وإن كان ذلك معيناً ، وهذا في الذمة ، وبهذا فارق السَّلَمُ بيعَ ما لم يخلق .

---

(١) فى الأصل : الأثر . (٢) فى الأصل : القدر . (٣) فى الأصل : وإذا كثر .

(٤) تقدم . (٥) فى الأصل : النخيل .

(١٠١٥) أخرجه أبو داود (ص ٢٦٢) ، الحديث (١٩٤٠) ، وأحمد (٢/ ١٤٤ - ١٤٥) ، وأبو داود (٣/ ٧٤٤) كتاب البيوع والإجارات : باب فى السلم فى ثمرة بيعنها ، الحديث (٣٤٦٧) ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات : باب إذا أسلم فى نخل بعينه لم يطلع ، الحديث (٢٢٨٤) ، والبيهقى (٦/ ٢٤) كتاب البيوع : باب لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة ، من حديث أبى إسحاق عن رجل من نجران عن ابن عمر « أن رجلا أسلف رجلا فى نخل ، فلم تخرج تلك السنة شيئا ، فاختصما إلى النبى ﷺ ، فقال : بم تستحل ماله ؟ أردد عليه ماله ، ثم قال : لا تسلفوا فى النخل حتى يبدو صلاحه » .

[مَكَانُ الْقَبْضِ فِي السَّلَمِ ، وَهَلْ يشرط فِي الْعقد ؟]

وأما الشرط الثالث وهو مكان القبض : فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ، ولم يشترطه غيره ، وهم الأكثر ،، وقال القاضي أبو محمد : الأفضل اشتراطُهُ ،، وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

[كَوْنُ الثَّمَنِ مقدَّراً لا جُزَافاً في السلم]

وأما الشرط الرابع ، وهو أن يكون الثمنُ مقدَّراً مكيلاً ، أو موزوناً ، أو معدوداً ، [أو مذروعاً] (١) **لا جُزَافاً** : فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ، ولا صاحباً أبي حنيفة : أبو يوسف ، ومحمد ، وقالوا : ليس يحفظ عن مالك في ذلك نَصٌّ ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغَرَرُ فيه على ما تقدم من مذهبه .

[التقديرُ فِي السَّلَمِ]

وينبغي أن تعلمَ أن التقديرَ في السلم يكون بالوزن فيما يُمْكِنُ فيه الْوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيلُ ، وبالذرعِ فيما يمكن فيه الذرعُ ، وبالعدد فيما يمكن فيه الْعَدَدُ ، وإن لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفاتِ المقصودَةَ من الجنس مع ذكْرِ الجنس إن كان أنواعاً مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعاً واحداً ، ولم يختلفوا أن السَّلَمَ لا يكون إلا في الذمة ، وأنه لا يكون في مُعَيَّنٍ ،، وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مَأْمُونَةً ، وكأنه رآها مثل الذِّمَّةِ .

* * *

(١) سقط فى الأصل .

الباب الثاني
فِيمَا يَجُوزُ أَنْ يُقْتَضَى مِنَ الْمُسَلَّمِ بَدَلَ مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ السَّلَمُ ، وَمَا يَعْرِضُ فِي ذَلِكَ مِنَ الإِقَالَةِ ، وَالتَّعْجِيلِ ، وَالتَّأْخِيرِ

وفي هذا الباب فروعٌ كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

[إذا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ المسلَّمِ فِيهِ]

مسألة : اختلف العلماء فيمن أَسْلَمَ في شَيْءٍ من الثمر ، فلما حَلَّ الأجلُ تعذَّرَ تسليمُهُ حتى عَدِمَ ذلك المسلم فيه ، وخرج زمانه : فقال الجمهور : إذا وقع ذلك كان الْمُسَلِّمُ بالخيار بين أن يَأْخُذَ الثمنَ ، أو يصبر إلى العام القابل ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة، وابن القاسم ، ، وحجتهم : أن العقد وقع على موصوف في الذِّمَّة فهو بَاقٍ على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكونَ من ثِمَارِ هذه السَّنَةِ ، وإنما هو شيءٌ شرطه [(١)] المسلَّم ، فهو في ذلك بالخيار ، ، وقال أشهب من أصحاب مالك : ينفسخ السَّلَمُ ضرورةً، ولا يجوز التأخير ، ، وكأنه رآه من باب الْكَالِيءِ بِالْكَالِيءِ .

وقال سحنون : ليس له أَخْذُ الثَّمَنِ ، وإنما له أن يَصْبِرَ إلى العام القابل .

واضطرب قول مالك في هذا ، والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي، والكاليء بالكاليء المنهي عنه إنما هو المقصودُ ، لا الذي يدخل اضطراراً .

[بَيْعُ السَّلَمِ إذا حَانَ أَجَلُهُ قبل قَبْضه]

مسألة : اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا [حان] [(٢)] الأَجَلُ من المسلم [إليه][(٣)] قبل قبضه : فمن العلماءِ من لم يُجِزْ ذلك أصلاً ، وهم القائلون بأن كُلَّ شيء لا يجوز بيعُهُ قبل قَبْضِهِ ؛ وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد ، وإسحاق ، ، وتمسك أحمد ، وإسحاق

---

(١) فى الأصل : من شرط . (٢) فى الأصل : كان . (٣) سقط فى الأصل .

في مَنْع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : «مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلا يَصْرِفْهُ فِي غَيْرِه » (١٠١٦) .

[قَوْلُ مالك في هذا الموضوع]

وأما مالك : فإنه منعَ شراءَ المسلم فيه قَبْلَ قبضه في موضعين :

أحدهما : إذا كان المسلَّمُ فيه طعاماً ؛ وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعامُ على ما جاء عليه النصُّ في الحديث (١) .

والثاني : إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً ، فأخذ عِوَضَهُ المسلم ما لا يجوز أن يُسَلِّمَ فيه رأسَ ماله ، مثل : أن يكون المسلمُ فيه عَرَضاً ، والثمن عرضاً مخالفاً له ، فيأخذ المسلِّمُ من المسلَّمِ إليهِ إذا حان الأجلُ شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلفٌ وزيادةٌ إن كان العَرَضُ المأخوذ أكثر من رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ ، وإما ضمانٌ وسلفٌ إن كان مثلَهُ أو أَقَلَّ ، وكذلك إن كان رأسُ مالِ السلم طعاماً لم يَجُزْ أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لا من جنسه ، ولا من غير جنسه ، فإن كان مثل طعامه في الجنس ، والكيل ، والصفة ، فيما حكاه عبد الوهاب ، جاز ؛ لأنه يحمله (٢) على العروض (٣) ، وكذلك يجوز عنده أن يَأْخُذَ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صِفَتِه ، وإن كان أَقَلَّ جَوْدَةً ؛ لأنه عنده من باب البدل في الدنانير والإحسان ، مثل أن يكون له عليه قمح ، فيأخذ بِمكْيَلَتِه شعيراً ، وهذا كله من شرطه عند مالك أَلا يتأخر القبض ؛ لأنه يدخله الدَّيْنُ بالدَّيْنِ ، وإن كان رأس [مال السلم] (٤) عيناً ، وأخذَ المسلَّمُ فيه عَيْناً بجنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه [على] (٥) بيع الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ نَسِيئَةً إذا كان مِثْلَهُ أو أَقَلَّ ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صِنْفِ الدنانيرِ التي هي رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ .

[بيعُ السَّلَمِ من غير الْمُسَلَّمِ إِلَيْه]

وأما بيع السلم من غير المسلم إليه : فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن

(١٠١٦) أخرجه أبو داود ، الحديث (٣٤٦٨) ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٧) كتاب التجارات : باب إذا أسلم فى نخل بعينه لم يطلع ، حديث (٢٢٨٣) ، والدارقطنى (٣/ ٤٥) رقم (١٨٧) ، والبيهقى (٦/ ٣٠) كتاب البيوع : باب من سلف فى شئ ، فلا يصرفه إلى غيره من طريق عطية العوفى عن أبى سعيد به .

وقال البيهقى : عطية بن سعد لا يحتج به .

(١) تقدم .
(٢) فى الأصل : يحيله .
(٣) فى الأصل : العوض .
(٤) فى الأصل : المال .
(٥) فى الأصل : فى .

طعاماً ؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل قَبْضِهِ ،، وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أَلا يدخلها زيادة ، ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعاً من البيوع ، ودخلها ما يَدْخُلُ البيوعَ ، أعني : أنها تَفْسَدُ عنده بما يُفْسِدُ بيوعَ الآجال ، مثل : أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو إلى « ضَعْ وتَعَجَّلْ » ، أو إلى بَيْعِ السلم بما لا يجوز بَيْعُهُ [١] ، مثال ذلك في دُخُولِ بَيْعٍ وَسَلَفٍ به إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض ، وأقال من البعض ، فإنه لا يجوز عنده ؛ فإنه يدخله التَّذَرُّعُ إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعي ، وأبي حنيفة ؛ لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذَّرَائِعِ .

[الشِّرَاءُ بِرأسِ مالِ السَّلَمِ من المسلَّم إليه شيئاً بعد الإِقَالَةِ بِمَا لا يجوز قبل الإقالة]

مسألة : اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئاً بعد الإقالة بما لا يجوز قَبْلَ الإقالة : فمن العلماء من لم يُجِزْهُ أصلاً ، ورأى أن الإقالةَ ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ؛ وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، ومالك ، وأصحابه ، إلا أن[٢] عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق ، [إذا كان لا يجوز عنده بَيْعُ المسلم فيه قَبْلَ القبضِ على الإطلاق] [٣] .

ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض ، على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ، ومن العلماء من أَجَازَهُ ؛ وبه قال الشافعي ، والثوري .

وحجتهم أن بالإقالة قد مَلَكَ رَأْسَ مَالِهِ ، فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أَحَبَّ ، والظنُّ الرديءُ بالمسلمين غير جائز ، قال : وأما حديث أبي سعيد فإنه إنما [٤] وقع النهي فيه قبل الإقالة .

[إذا نَدِمَ المبتاعُ في السَّلَمِ فقال : أَقِلْنِي وأُنْظِرْكَ بالثَّمَنِ]

مسألة : اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلني وأُنْظِرْكَ [٥] بالثمن الذي دَفَعْتُ إليك : فقال مالك ، وطائفة : ذلك لا يجوز .

وقال قوم : يجوز ،، واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حَلَّ له الطعامُ على البائع أَخَّرَهُ عنه على أن يقيله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن

---

(١) فى الأصل : مثل . (٢) فى الأصل : أنه . (٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : أنه إذا . (٥) فى الأصل : وأنظرنى .

يستوفي ،، وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فَسْخِ الدَّيْن بالدَّيْن ، والذين رَأَوْهُ جائزاً ، رأوه أنه من باب المعروف والإحسان الذي أمر الله - تعالى - به ،، قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ أَقَالَ مُسْلِماً صَفْقَتَهُ ، أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ** (١٠١٧) **، وَمَنْ أَنْظَرَ مُعْسِراً ، أَظَلَّهُ اللهُ**

(١٠١٧) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢) ، وأبو داود (٣/ ٧٣٨) كتاب البيوع والإجارات : باب فى فضل الإقالة ، حديث (٣٤٦٠) ، وأبو يعلى فى « معجم شيوخه » (ص - ٣٤٤) رقم (٣٢٦) ، وابن حبان (١١٠٣ - موارد) ، والحاكم (٢/ ٤٥) ، والبيهقى (٦/ ٢٧) كتاب البيوع : باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وفى « شعب الإيمان » (٦/ ٣١٤ - ٣١٥) رقم (٨٣١٠) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٨/ ١٩٦) من طريق يحيى بن معين ثنا حفص بن غياث عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقال مسلماً عثرته أقاله الله عثرته يوم القيامة » .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

وصححه ابن حبان .

وأخرجه ابن حبان (١١٠٤ - موارد) ، والبيهقى (٦/ ٢٧) كتاب البيوع : باب من أقال المسلم إليه بعض المال ، وفى « شعب الإيمان » (٦/ ٢٦٠) رقم (٨٠٧٦) ، والطبرانى فى « مكارم الأخلاق » رقم (٦٠) ، وقاسم بن أصبغ فى « مصنفه » ، والبزار كما فى « المقاصد الحسنة » (ص/ ٣٩٩) رقم (١٠٦٥) من طريق اسحق بن محمد الفروى ثنا مالك بن أنس عن سمى عن أبى صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقام نادماً عثرته أقاله الله عز وجل عثرته يوم القيامة » .

وقال البزار : تفرد به إسحق عن مالك .

وصححه ابن حبان .

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٤١) كتاب التجارات : باب الإقالة ، حديث (٢١٩٩) من طريق مالك بن سعير ثنا الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة » .

قال البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ١٧٣) : هذا إسناد صحيح على شرط مسلم . أ.هـ .

وأخرجه أبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ٣٤٥) ، والبيهقى (٦/ ٢٧) من طريق مالك عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة به .

قال السخاوى فى « المقاصد الحسنة » (ص - ٣٩٩) : وهى أصح من طريق مالك عن سمى بل قيل: إن تلك خطأ .

وأخرجه الحاكم فى « علوم الحديث » (ص - ١٨) ، والبيهقى (٦/ ٢٧) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن محمد بن واسع عن أبى صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقال نادماً أقاله الله نفسه يوم القيامة ، ومن كشف عن مسلم كربة كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه » .

قال الحاكم : هذا إسناد من نظر فيه من غير أهل الصنعة لم يشك فى صحته ، وليس كذلك فإن معمر بن راشد الصنعانى ثقة مأمون ، ولم يسمع من محمد بن واسع ، ومحمد بن واسع ثقة مأمون ولم يسمع من أبى صالح .

وللحديث شواهد من حديث أبى شريح ويحيى بن أبى كثير مرسلاً .

حديث أبى شريح :

=

فِي ظِلِّهِ ، يَوْمَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّه » (١٠١٨) .

= أخرجه الطبراني في « الأوسط » كما في « مجمع الزوائد » (١١٣/٤) عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أقال أخاه بيعاً أقاله الله عثرته يوم القيامة » .

قال الهيثمي : رواه الطبراني في « الأوسط » ، ورجاله ثقات .

وصححه المنذري في « الترغيب والترهيب » (٥٥٥/٢) .

حديث يحيى بن أبي كثير :

أخرجه عبد الرزاق (٥٦/٢) رقم (٢٤٦٨) عنه مرسلاً .

تنبيه : صحح حديث أبي هريرة جماعة من الأئمة ، والحفاظ منهم على سبيل المثال : الحاكم ، وابن حبان ، والبيهقي ، وابن دقيق العيد كما في « المقاصد » (ص - ٣٩٨) ، والمنذري ، والذهبي ، والبوصيري وغيرهم .

(١٠١٨) ورد من حديث أبي اليسر ، وأبي هريرة ، وأبي قتادة ، وعثمان ، وابن عباس ، وكعب ابن عجرة ، وأسعد بن زرارة .

حديث أبي اليسر :

أخرجه أحمد (٤٢٧/٣) ، والدارمي في السنن (٢٦١/٢) كتاب البيوع : باب فيمن أنظر معسراً ، ومسلم في الصحيح (٢٣٠٢/٤) كتاب الزهد (٥٣) باب حديث جابر طويل ، وقصة أبي اليسر (١٨)، حديث (٣٠٠٦/٧٤) ، وابن ماجه في السنن (٨٠٨/٢) كتاب الصدقات (١٥) : باب إنظار المعسر (١٤) ، الحديث (٢٤١٩) ، والحاكم في المستدرك (٢٨/٢ - ٢٩) كتاب البيوع : باب من أنظر معسراً، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٨/٦) كتاب البيوع : باب من عجل له أدنى من حقه ، وأبو نعيم في الحلية (١٩/٢ - ٢٠) في ترجمة كعب بن عمرو أبي اليسر رقم (١١٥) بلفظ : « من أنظر معسراً ، أو وضع عنه ، أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله » .

وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ، ووهم لإخراج مسلم إياه .

حديث أبي هريرة :

أخرجه الترمذي في السنن (٥٩٩/٣) كتاب البيوع (١٢) باب ما جاء في إنظار المعسر ، والرفق به (٦٧) الحديث (١٣٠٦) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٢٨١/١) الحديث (٤٥٩) بلفظ : « من أنظر معسراً ، أو وضع له ، أظله الله تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله » .

قال الترمذي : حسن غريب من هذا الوجه .

حديث أبي قتادة :

أخرجه أحمد (٣٠٠/٥ ، ٣٠٨) ، والدارمي (٢٦١/٢ - ٢٦٢) ، ومسلم (١١٩٦/٣) كتاب المساقاة : باب فضل إنظار المعسر ، الحديث (١٥٦٣/٣٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٢٦٦/٦) في ترجمة حماد بن زيد ، رقم (٣٧٣) بلفظ : « من نفس عن غريمه ، أو محا عنه كان في ظل العرش يوم القيامة » لفظ أحمد ، والدارمي ، وقال مسلم « من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة ، فلينظر معسراً أو ليضع عنه».

وقال أبو نعيم : « من أنظر معسراً ، أو وهب له أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله » .

حديث عثمان :

أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند (٧٣/١) بلفظ : « أظل الله عبداً في ظله ، يوم لا ظل=

[الْعُرُوضُ الْمُؤَجَّلَةُ فِي السَّلَمِ إذا أتي بها قبل مَحِلِّ الأَجَلِ ، وَبَعْدَهُ]

مسألة : أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم ، أو دنانير إلى أَجَلٍ ، فدفعها إليه عند محل الأجل ، وبعده أنه [١] يلزمه أَخْذُهَا ،، واختلفوا في الْعُرُوضِ المؤَجَّلة من [٢] السلم ، وغيره :

فقال مالك ، والجمهور : إن أتي بها قبل محل الأجل لم يلزم [٣] أَخْذُهَا ،، وقال الشافعي : إن كان مما لا يتغير ، ولا يقصد به النظارة ، لَزِمَهُ أخذه كالنحاس ، والحديد، وإن كان بما يقصد به النظارة ؛ كالفواكه لم يَلْزَمْهُ ،، وأما إذا أَتَي بِهِ بعد محل الأَجَلِ ، فاختلفَ في ذلك أصحاب مالك: فروي عنه أنه يَلْزَمْهُ قبضه مثل أن يسلم في قطائفِ الشتاء ،فيأتي بها في الصيف ، فقال ابن وهب ، وجماعة : لا يلزمه ذلك ،، وحجة

= إلا ظله أنظر معسراً ، أو ترك لغارم » .

وقال الهيثمى فى « المجمع » (١٣٦/٤) : وفيه عباس بن الفضل ، ونسب إلى الكذب .

وحديث ابن عباس :

أخرجه أحمد فى المسند (٣٢٧/١) عنه قال : خرج رسول الله ﷺ إلى المسجد وهو يقول بيده هكذا وأومأ أبو عبد الرحمن بيده إلى الأرض « من أنظر معسراً أو وضع له وقاه الله من فيح جهنم » .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (١٣٦/٤ - ١٣٧) وقال : رواه أحمد ، وفيه عبد الله بن جعوبة السلمى ، ولم أجد من ترجمه ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

حديث آخر لابن عباس :

أخرجه الطبرانى فى « الكبير » (١١٣٣٠) عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أنظر معسراً إلى ميسرته أنظره الله بدينه إلى نوبته » .

قال الهيثمى فى « المجمع » (١٣٨/٤) : رواه الطبرانى فى الكبير ، والأوسط وفيه الحكم بن الجارود ضعفه الأزدى ، وشيخ الحكم وشيخ شيخه ، لم أعرفهما .

وحديث كعب بن عجرة :

أخرجه الطبرانى فى الصغير (٢٠٩/١ - ٢١٠) ، والكبير (١٩/ رقم ٢١٤) « من أنظر معسراً ، أو يسر عليه ، أظله الله فى ظله يوم لا ظل إلا ظله » .

وذكره الهيثمى فى « المجمع » (١٣٧/٤) وقال : رواه الطبرانى فى الثلاثة ، وفيه عبيدة بن معتب وهو متروك .

وحديث أسعد بن زرارة :

أخرجه الطبرانى فى الكبير (٨٩٩) بلفظ « من سرَّه أن يظله الله يوم لا ظل إلا ظله ، فلييسر على معسراً أو ليضع عنه » .

وذكره الهيثمى فى « المجمع » (١٣٧/٤) وقال : رواه الطبرانى فى الكبير من طريق عاصم بن عبيد الله عن أسعد ، وعاصم ضعيف ، ولم يدرك أسعد بن زرارة .

(١) فى الأصل : فإنه . (٢) فى الأصل : فى . (٣) فى الأصل : يلزم .

الجمهور في أنه لا يَلْزَمُهُ قبض العروض [(١)] قبل محل [الأجل] [(٢)] من قِبَلِ أنه من ضَمَانِه إلى الوقت المضروب الذي قَصَدَهُ ، ولما عليه من الْمُؤْنَةِ في ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ؛ إذ لا مُؤْنَةَ فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل ، فحجته : أنه رأى أن المقصود من العروض [(٣)] إنما كان وقتَ الأجل لا غيره ،، وأما من أجاز ذلك في الوجهين، أعني : بعد الأجل أو قبله ، فشبهه بالدنانير والدراهم .

مسألة : اختلف العلماءُ فيمن أَسْلَمَ إلى آخَرَ ، أو باع منه طَعَاماً على مكيلة ما ، فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكَيْلِ الطعام ، هل للمشتري أن يقبضَهُ منه دون أن يكيله ، وأن يعمل في ذلك على تَصْديقه ؟ فقال مالك: ذلك جائز في السَّلَمِ ، وفي البيع بِشَرْطِ النقد، [وإلا خيف] [(٤)] أَن يكون من بَابِ الربا، كأنه إنما صَدقَهُ في الكيلِ لمكان أنه أنظره بالثمن .

وقال أبو حنيفة ، والشافعيُّ ، والثوريُّ ، والأوزاعيُّ ، والليثُ : لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كَالَهُ لنفسه بِحَضْرَةِ البائع ،، **وحجتهم**: أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يَكِيلَهُ ، لم يكن له أن يَقْبِضَهُ إلا بعد أن يَكِيلَهُ البائع له ؛ لأنه لما كان من شَرْط البيعِ الكيلُ ، فكذلك القبض ، واحتجوا بما جاء في الحديث: « **أَنَّهُ - عَلَيْه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ : صَاعُ الْبَائِعِ ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي** » [(٥)] .

[إذا هَلَكَ الطعامُ في يَدِ المشتري قبل الْكَيْلِ فاختلفا فيه]

واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الْكَيْلِ ، فقال الشافعي : القول قولُ المشتري ؛ وبه قال أبو ثور .

وقال مالك : القولُ قولُ البائع ؛ لأنه قد صَدَّقَهُ المشتري عند قبضه إياه . وهذا مَبْنِيٌّ عنده على أن البيع يَجُوزُ بِنَفْسِ تَصْدِيقِهِ .

* * *

---

(١) فى الأصل : العوض .	(٢) سقط فى الأصل .	(٣) فى الأصل : العو ض .
(٤) فى الأصل : لئلا يتخوف .	(٥) تقدم .

الْبَابُ الثَّالِثُ :
فِي اخْتِلافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي السَّلَمِ

[الأشياءُ التي يختلفُ فيها المتبايعانِ في السَّلَمِ]

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قَدْرِ الثَّمَنِ أو المثمونِ ، وإما في جِنْسهما ، وإما في الأَجَلِ ، وإما في مكانِ قَبْضِ السَّلَمِ .

[اختلافُهُمَا في قَدْرِ الْمُسَلَّمِ فيه]

فأما اختلافُهُمْ في قدر المسلم فيه : فالقول فيه قولُ المسلَمِ إليه إن أتي بما يشبه ، وإلا فالقول أيضاً قولُ المسلم إن أتي أيضاً بما يشبه ، فإن أَتَيَا بما لا يشبه ، فالقياس أن يتحالفا ، ويتفاسخا .

[اخْتلافُهُمَا في جِنْسِ الْمُسَلَّمِ فيه]

أما اختلافُهُمْ في جنس المسَلم فيه : فالحكم في ذلك التحالفُ ، والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : [أسلمت] [1] في تمر ، ويقول الآخر : أسلمت في قَمْحٍ .

[اختلافُهُمَا في الأَجَلِ]

وأما اختلافهم في الأجل : فإن كان في حُلُولِهِ ، فالقول قولُ المسلَّمِ إليه ، وإن كان في قدره ، فالقول أيضاً قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، مثل : أن يَدَّعِيَ المسلم وقت إِبَّانَ [المسلم فيه] [2] ، ويدعي المسلَّمُ إِلَيْهِ غيرَ ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم .

[اخْتلافُهُمَا في مَوْضِعِ الْقَبْضِ]

وأما اختلافهم في موضع القبض : فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم ، فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما ،فالقول قول المسلم إليه ،، وخالف سحنون في الوجه الأول ، فقال : القول قول المسلم إليه ، وإن ادَّعَى القبضَ في موضع العقد ،، وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني ، فقال : إن لم يَدَّعِ واحدٌ منهما مَوْضِعَ العقد تحالفا ، وتفاسخا .

[اختلافُهُمَا في الثَّمَنِ]

وأما اختلافهم في الثمن: فحكمه حكمُ اختلافِ المتبايعين قَبْلَ القبض، وقد تقدم ذلك.

تم كتاب السلم ، والحمد لله حق حمده

---

(١) فى الأصل : أسلفت .	(٢) فى الأصل : السلم .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى اللهُ عَلَى سَيِّدنا محمد وسلم
كِتَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ (١)

(١) الخيار : اسم مصدر للفعل : اختار ، والمصدر هو : الاختيار ، ومعناه فى اللغة : طلب خير الأمرين والإتجاه إليه .

وفى اصطلاح العلماء : طلب خير الأمرين من إمضاء العقد ، أو فسخه ، وإذاً فمعناه اصطلاحاً أخصّ مطلقاً من معناه لغة ، وذلك ظاهر .

والبيع : معناه لغةً وشرعاً : مبادلة مال بمال على وجه التراضى ، فمعناه فى اللغة مساوٍ لمعناه فى الشرع ؛ لأن البيع الشرعى كان معروفاً لدى العرب قبل مجئ الإسلام ، وهذا بخلاف الخيار ، فلم يكن قصره على معناه الشرعى معروفاً قبل ورود الشرع .

والخيار لا يدخل شرعاً إلا عقود المعاوضات اللازمة القليلة للفسخ بتراضى العاقدين ، فغير المعاوضات ؛ كالصدقة والهبة ، بلا ثواب لا يدخلها أى نوع من أنواع الخيار ، لأنها شرعت لدفع الضرر ، وهذه العقود نفع محض لعدم المقابل فيها .

وأما اشتراط اللزوم ، فلأن المعاوضات الجائزة كالشركة والوكالة لكل من العاقدين أن يفسخها متى شاء بمقتضى العقد ذاته ، فليست هناك من حاجة تدعو إلى إثبات الخيار فيها ، وهو لم يشرع إلا تحت ضغط الحاجة .

وأما اشتراط كونها قابلة للفسخ برضا الطرفين كالبيع والهبة بثواب والصُّلح على مال ؛ فلأنها لو لم تكن قابلة للفسخ بتراضيهما ، كالنكاح ، والخلع ، لكان اشتراط الخيار فيها ، أو ثبوته فى أحوال مخصوصة مخالفاً لمقتضاها ؛ لأن الخيار يستلزم جواز الفسخ ، وهى لا تقبله ، هذا من حيث الجملة ؛ وذلك لا يمنع من ذهاب فقيه إلى ما يخالف هذا بالنسبة لبعض العقود ؛ كالنكالح لدليل آخر ، فأجاز الشافعية فسخه بعيوب خاصة ، ونازعهم فى هذا الحنفية .

واعلم أن الخيار لا يدخل إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة .

والأصل الذى ينبنى عليه حل هذه العقود هو الرضا التام ؛ إذ هو مناط حل الأموال ، والانتفاع بها يقول الله تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ويقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه » .

فالرضا وهو ما قام بنفس العاقدين من إرادتهما تبادل العوضين هو فى الحقيقة علة الملك ، والتصرفات المترتبة عليه فى هذه العقود ، إلا أن هذه العلة لما كانت خفية لا يطلع عليها أقيمت الصبغة وما قام مقامها من الكتاب ، وإشارة الأخرس مقام تلك العلة ؛ لأنها دليل عليها ، والعرف كذلك جار بين الناس ، على أن أساس هذه العقود هو الرضا التام ، وامتلاء النفس بالرغبة ، فتراهم يتراضون البيع، ويتداولون فيه حتى تطمئن نفوسهم إليه ، وتطيب إلى انعقاده ، ومثل البيع سائر هذه العقود .

لهذا احتاط الشارع الحكيم : فأجاز لكل من العاقدين أن يشترط الخيار لنفسه مدة معلومة يتروى فيها؛ لأنه قد لا يظهر له وجه المصلحة حالاً ، وقد يريد أن يعرض المعقود عليه على خبير فنى يثق به =

[النظرُ فِي أُصُولِ هذَا الْكِتَابِ]

والنظر في أصول هذا الكتاب : أما أولاً فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم مُدَّةُ الخيار؟ وهل يشترط النقد فيه أم لا ؟ وممن ضمانُ المبيع في مُدَّةِ الْخِيَارِ ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول .

[الْقَوْلُ فِي جوَازِ الْخيَارِ]

أما جواز الخيار : فعليه الجمهور ، إلا الثوري ، وابن أبي شبرمة ، وطائفة من أهل الظاهر [1] ، وعمدة الجمهور : حديث حبان بن منقذ وفيه : « **وَلَكَ الْخِيَارُ**

= ليرى ما إذا كان يحقق الفرض المقصود منه أم لا ؟ حتى يكون العقد عليه قائماً على أساس من الرضا المكين، والرغبة الصادقة .

كما أنه قد يظهر فى المعقود عليه حالة خاصة تهدم الرضا الحاصل عند العقد أو تنقصه ؛ كظهور عيب قديم به ينقص القيمة ، أو يخل بوجه المنفعة التى يستعمل من أجلها ، أو يكون البائع قد دلَّس على المسترى فى البيع بما لو علم به حين العقد لامتنع عن الشراء ، أو لأنقص الثمن على أقل تقدير ، أو يكون المشترى قد اشترط فى المبيع وصفاً مرغوباً فيه ، فلم يف به البائع ، فأجاز الشارع فى هذه الأحوال وغيرها لمن وقع عليه ضرر ، أو اختل رضاه أن يفسخ العقد متى شاء ، كما أن له أن يمضيه إن رضى بذلك .

وإنما كان الرضا التام هو أساس هذه العقود المالية ؛ لأن المال عَصَبُ الحياة ، وزينة الدنيا ، وقرين البنين فى القرآن الكريم ، وقد جبلت الأنس على الشحّ به ، لا سيما فيما هو عن طريق المعاوضة التى تظهر فيها المكايسة ، واستمالة كل واحد منهما لصاحبه ، فتجد الواحد من الناس قد يتبرع بالآلاف من الجنيهات ، وهو مع ذلك يأنف أن يغبن فى بضع قروش ، عن طريق البيع أو الشراء ، ولما كان البيع هو أُسُّ عقود المعاوضات المالية ، وقطب رحاها الذى أحكامها عليه ، كانت جميع أنواع الخيار تدخل فيه بلا خلاف .

(١) جماهير العلماء ، وأعيان الفقهاء قائلون بمشروعية خيار الشرط وجوازه فى الجملة ، ولم نقف على مخالف لهم فى هذا إلا ابن حزم وحده . وأما الثورى ، وعبد الله بن شُبْرُمَة ، فادعى ابن رشد أنهما مثل ابن حزم ، ولكن النقل عنهما مضطرب فبينا نرى ابن حزم يقول فى موضع « وقال ابن شبرمة ، وسفيان الثورى : لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أو لهما . وقال سفيان : البيع فاسد بذلك فإن شرط الخيار للمشترى عشرة أيام أو أكثر جاز » . نراه يقول فى موضع آخر : وتفريق سفيان ، وابن شبرمة من كون الخيار للبائع ، أو لهما فلم يجيزاه ، وبين أن يكون للمشترى وحده فأجازه سفيان لا معنى له ، فالنص الأول دال على عدم مشروعية خيار الشرط للبائع وحده أو مع المشترى وأما المشترى وحده ففيه احتمالان .

الاحتمال الأول : أنهما متفقان على جوازه له ، وإن اختلفا من حيث المدة التى تضرب له .

والإحتمال الثانى : أن يكون سفيان هو القائل بالجواز وحده بدليل : إفراده بالذكر آخراً . والنص الثانى وإن احتمل هذين التأويلين إلا أنه فى الثانى أظهر بخلاف النص الأول ، فهو فى الأول منهما أظهر ، فهذان نصان متعاكسان فى حد ذاتهما ، وإن كانا من حديث السياق لا يحتملان إلا المعنى =

ثَلاثاً » (١٠١٩) ، وما روي في حديث ابن عمر : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إِلا بَيْعَ

= الأول وإلا لما جعلهما ابن حزم من جملة أخصامه .

ويقول النووى : « فرع فى مذاهب العلماء فى شرط الخيار ، وهو جائز بالإجماع ، واختلفوا فى ضبطه ، فمذهبنا : أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ؛ وبه قال أبو حنيفة ، وعبد الله بن شبرمة » .

وهذا النقل يؤخذ منه أن ابن شبرمة موافق للجمهور ، وإذا فقد ظهر اضطراب النقل عن هذين الإمامين ، فلم يجز لنا أن نقرنهما مع ابن حزم ، ونجعلهم جميعا على رأى واحد .

(١٠١٩) أخرجه ابن الجارود فى المنتقى ص (١٩٧) باب فى التجارات ، الحديث (٥٦٧) والدارقطنى فى السنن (٣/ ٥٤ - ٥٥) كتاب البيوع ، الحديث (٢١٧) ، والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢٢) كتاب البيوع: باب ما من عبد كانت له نية فى أداء دينه ، والبيهقى فى السنن الكبرى (٥/ ٢٧٣) كتاب البيوع: باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار من طريق محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر «أن حبان بن منقد كان سفع فى رأسه مأمومة فثقلت لسانه وكان يخدع فى البيع ، فجعل رسول الله ﷺ مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثا ، وقال له رسول الله ﷺ : بع وقل لا خلابة ، فسمعته يقول : لا خدابة لا خدابة » لفظ ابن الجارود .

وأخرجه الحميدى فى مسنده (٢/ ٢٩٢ - ٢٩٣) قال : حدثنا سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر : « أن منقذاً سفع فى رأسه فى الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه ، فكان إذا باع يخدع فى البيع ، فقال له رسول الله ﷺ : بايع وقل لا خلابة ، ثم أنت بالخيار ثلاثاً » الحديث وله طريق آخر.

وأخرجه البخارى فى التاريخ الكبير والصغير كما فى تلخيص الحبير (٣/ ٢١) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب الأحكام : باب الحجر على من يفسد ماله ، حديث (٢٣٥٥) ، والدارقطنى (٣/ ٥٥) كتاب البيوع، حديث (٢٢٠) ، والبيهقى (٥/ ٢٧٣) كتاب البيوع : باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار .

من طريق محمد بن إسحاق قال : حدثنى محمد بن يحيى بن حبان قال : « كان جدى منقذ بن عمرو أصابته أمَّه فى رأسه فكسرت لسانه ، ونازعت عقله ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : إن بعت فقل : لا خلابة ، وأنت فى كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ، وعاش ثلاثين ومائة سنة ، وكان فى زمن عثمان حين كثر الناس يبتاع فى السوق ، فيغبن فيصير إلى أهله ، فيلومونه فيرده ويقول : إن النبى ﷺ جعلنى بالخيار ثلاثا ، حتى يمر الرجل من أصحاب النبى ﷺ فيقول : صدق » .

وقد أعل الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٧) هذا الطريق بالإرسال .

أما البوصيرى فقال فى « الزوائد » (٢/ ٢٢٦) : هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن اسحق أ.هـ .

وهذا فيه نظر فقد صرح ابن إسحق بالتحديث فى روايات أخرى .

وله طريق آخر أخرجه الدارقطنى (٣/ ٥٤) الحديث (٢١٦) ، والطبرانى فى الأوسط كما فى «نصب الراية » (٤/ ٨) من طريق ابن لهيعة ثنا حبان بن واسع عن طلحة بن يزيد بن ركانة « أنه كلم عمر بن الخطاب فى البيوع قال : ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ، إنه كان ضرير البصر ، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك » .

وفى الباب عن أنس أخرجه أحمد فى المسند (٣/ ٢١٧) فى مسند أنس بن مالك رضى الله عنه ، وأبو داود (٣/ ٧٦٧) كتاب البيوع والإجارات : باب فى الرجل يقول فى البيع : لا خلابة ، الحديث (٣٥٠١) ، والترمذى (٣/ ٥٥٢) كتاب البيوع : باب ما جاء فيمن يخدع فى البيع ، الحديث =

الْخيَار » (١) ، ، وعمدة من منعه أنه غَرَرٌ ، وأن الأصل هو اللزومُ في البيعِ إلا أن يَقُومَ دليلٌ على جوَازِ البيع على الخيار من كتاب [الله] (٢) أو سنة ثابتة ، أو إجماع ، قالوا: وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خَاصٌ لما شكا إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع ، قالوا : وأما حديث ابن عمر ، وقوله فيه : « **إلا بَيْعَ الْخيَار** » ، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ،وهو ما ورد فيه من لَفْظٍ آخَرَ ؛ وهو« **أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِه : اخْتَرْ**»(٣) .

[مُدَّةُ الْخيَارِ]

وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه : فرأى مالك أن ذلك ليس له قَدْرٌ محدودٌ في نفسه ، وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف (٤) المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات ، فقال : مثل اليوم واليومين في اخْتِيَارِ الثوب ، والجمعة والخمسة أيام في اختيار الْجَارِيَةِ ، والشهر ونحوه في اختيار الدار ، ، وبالجملة : فلا يجوز عنده الأجلُ الطويلُ الذي فيه فضل عن اختيار المبيع ، ، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : أجلُ الخيار ثلاثةُ أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن : يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ؛ وبه قال داود .

[الْخيارُ الْمُطْلَقُ دُونَ الْمُقَيَّد ، واختلافهم فيه]

واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة : فقال الثوري ، والحسن بن جني(٥) ، وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ، ويكون له الخيار أبداً ، ، وقال مالك : يجوز الخيار المطلق ، ولكن السلطانَ يَضرِبُ فيه أَجَلَ مِثْلِهِ . وقال أبو حنيفة ،والشافعي : لا يجوز بحال الخيار المطلق ، ويفسد البيع .

[إذا وَقَعَ الخيارُ المطلقُ في الأيامِ الثلاثَة]

واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وَقَعَ الْخِيَارُ في الأيام الثلاثة من الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع في الأيام الثلاثة جاز ، وإن مضت الثلاثة فَسَدَ البيعُ .

= (١٢٥٠) ، والنسائى (٧/ ٢٥٢) كتاب البيوع : باب الخديعة فى البيع ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨) كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله ، الحديث (٢٣٥٤) ، وابن الجارود فى المنتقى ص (١٩٧) باب فى التجارات ، الحديث (٥٦٨) ، والدارقطنى فى السنن (٣/ ٥٥) كتاب البيوع ، الحديث (٢١٨) و(٢١٩) وقال الترمذى : حسن صحيح غريب .

(١) تقدم .　　(٢) سقط فى الأصل .　　(٣) تقدم .

(٤) فى الأصل : اختيار .　　(٥) سقط فى الأصل .

وقال الشافعي : بل هو فاسد على كُلِّ حالٍ ، ، فهذه هي أقاويلُ فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيداً ؟ وإن جاز مقيداً فكم مقدارُه ؟ وإن لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك ألا يقع الخيار في الثلاثة [(١)] أم لا يجوز بحال ، وإن وقع في الثلاث؟

[أدلةُ العلماءِ في الخيار ، ومدتُه]

فأما أدلتُهُمْ : فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه ، وأما عمدةُ من لم يجز الخيار إلا ثلاثاً : فهو أن الأصلَ هو ألا يجوزَ الخيارُ ، فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النصُّ في حديث منقذ بن حبان ، أو حبان بن منقذ [(٢)] ، وذلك كسائرِ الرخص المستثناة من الأصول ، مثل : استثناء العرايا من الْمُزَابَنَة ، وغير ذلك ، قالوا : وقد جاء تحديدُ الخيار بالثلاثة في حديث المصراة ، وهو قوله : « **مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ** »[(١٠٢٠)] ، ، وأما حديث منقذ ، فأشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد بن إسحاق عن نافع

---

(١) فى ط : الثلاث .		(٢) تقدم .

(١٠٢٠) أخرجه مسلم (٣/١١٥٨) كتاب البيوع : باب حكم بيع المصراة ، حديث (٢٦/ ١٥٢٤)، وعبد الرزاق (٨/١٩٧) رقم (١٤٨٥٨) ، والحميدى (٢/٤٤٦) رقم (١٠٢٩) ، وأحمد (٢/ ٢٤٨) ، والنسائى (٧/ ٢٥٤) كتاب البيوع : باب النهى عن المصراة ، وأبو داود (٣/ ٧٢٧) كتاب البيوع والإجارات : باب من اشترى مصراه فكرهها ، حديث (٣٤٤٤) ، والترمذى (٣/ ٥٥٣ - ٥٥٤) كتاب البيوع : باب ما جاء فى المصراة ، حديث (١٢٥٢) ، وابن ماجه (٢/ ٧٥٣) كتاب التجارات : باب بيع المصراة ، حديث (٢٢٣٩) ، وابن الجارود (٥٦٥ ، ٥٦٦) ، وأبو يعلى (١٠/ ٤٣٥) رقم (٦٠٤٩)، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٩) باب بيع المصراة ، والبيهقى (٥/ ٣١٨) كتاب البيوع : باب الحكم فيمن اشترى مصراة ، كلهم من طريق محمد بن سيرين عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها ردها ، ومعها صاع من تمر لا سمراء » .

وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح .

وأخرجه مالك (٢/ ٦٨٣ - ٦٨٤) كتاب البيوع : باب ما ينهى عن المساومة والمبايعة ، حديث (٩٦) ، والبخارى (٤/ ٤٢٣) كتاب البيوع : باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل ، حديث (٢١٥٠)، وأحمد (٢/ ٢٤٢) ، والحميدى (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٨) ، وأبو داود (٣/ ٧٢٧) كتاب البيوع : باب من اشترى مصراة فكرهها ، حديث (٣٤٤٣) ، والنسائى (٧/ ٢٥٣) كتاب البيوع : باب النهى عن المصراة ، والبيهقى (٥/ ٣٤٦) كتاب البيوع : باب لا يبع حاضر لباد ، كلهم من طريق أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة .

وأخرجه أبو داود الطيالسى (١/ ٢٦٧ - منحة) رقم (١٣٤٤) ، وأحمد (٢/ ٣٨٦ ، ٤٠٦ ، ٤٦٩، ٤٨١) ، والترمذى (٣/ ٥٥٣) كتاب البيوع : باب ما جاء فى المصراة ، حديث (١٢٥١) ، والطحاوى فى « شرح معانى الاثار » (٤/ ١٧) من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن زياد عن أبى هريرة به .

عن ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال لمنقذ ، وكان يُخْدَعُ في البيع :

« **إِذَا بِعْتَ : فَقُلْ لا خلابَةَ ، وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلاثاً** » ، ، وأما عمدة أصحاب مالك : فهو أن المَفهوم من الخيار هو اختيارُ المبيعِ ، وإذا كان ذلك كذلك وَجَبَ أن يكونَ ذلك محدوداً بزمانِ إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النصَّ إنما وَرَدَ عندهم تنبيهاً على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ ، [وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص] [(١)] .

[اشتراطُ النَّقْد]

وأما اشتراط النقد : فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه ؛ لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف .

[ضَمَانُ المبيعِ في مُدَّة الْخيَار ، وممن يكون] ؟

وأما ممن [يكون] ضمان المبيع [(٢)] في مدة الخيار ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك : فقال مالك، وأصحابه ، والليث ، والأوزاعي : مصيبتُهُ من البائع ، والمشتري أمين ، وسواء كان الخيارُ لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب : إنه إن كان هَلَكَ بِيَدِ البائع ، فلا خلاف في ضَمَانِهِ إياه ، وإن كان هلك بيد [(٣)] المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ، إن كان مما يغاب عليه ، فضمانه منه ، وإن كان مما لا يُغَابَ عليه فَضَمَانُهُ ، من البائِع ، ، وقال أبو حنيفة : إن كان شَرْطُ الخيار لكليهما أو للبائع وحده ، فضمانه من البائع ، والمبيع على مِلْكِهِ ، وأما إن كان شَرْطَهُ المشتري وَحْدَهُ فقد خرج المبيع عن مِلْكِ البائع ، ولم يدخل في مِلك المشتري ، وبقي معلقاً حتى يَنْقَضِيَ الْخِيَارُ . وقد قيل عنه : إن على المشتري الثَّمَنَ ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في مِلْكِ المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما : أن الضمانَ من المشتري لأيهما كان الخيار .

[أدلَّةُ الفقهاءِ في هذا الموضوع]

فعمدة من رأى أن الضمان على البائع على كل حال : أنه عَقْدٌ غيرُ لازِمٍ ، فلم ينتقل الملك عن البائع ، كما لو قال : بعتك ، ولم يقل المشتري : قبلت .

وعمدة من رأى أنه من المشتري : تَشْبِيهُهُ بالبيعِ اللازِمِ . وهو ضعيف لقياسه [(٤)] موضع الخلاف على مَوْضِعِ الاتِّفَاقِ .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : البيع .

(٣) فى الأصل : فى يد . (٤) فى الأصل : كقياسه .

وأما من جَعَلَ الضَّمَانَ لمشترط الْخيَار إذا شرطه أحدهما ، ولم يشترطه الثاني ؛ فلأنه إن كان البائعُ هو المشترطَ ، فالخيار له إبقاءً للمبيع على مِلْكِه ، وإن كان المشتري هو المشترطُ له فقط ، فقد صَرَفَهُ البائِعُ عن ملكه ، وأبانه ، فوجب أن يَدْخُلَ في مِلْكِ المشتري إذا كان المشتري هو الذي شَرَطَهُ فقط ، قال : قد خرج عن ملك البائع ؛ لأنه لم يشترط خياراً ، ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري ؛ لأنه شَرَطَ الخيار في رد الآخر له . ولكن هذا القول يمانع الحكم ؛ فإنه لا بد أن تكونَ مصيبتُهُ من أحدهما ، والخلاف آيلٌ إلى : هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ في البيع ، أو لتتميم البيع ، فإذا قلنا : لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا : لتتميمه ، فهو في ضَمَانِه .

[هَلْ يُورَّثُ خِيَارُ الْمَبِيعِ ؟ والقول في أَنْوَاعِ أخرى من الخيار]

وأما المسألة الخامسة : وهي هل يورث خِيَارُالمبيع [1] **أم لا ؟** فإن مالكاً ، والشافعي ،

---

(١) فقهاء الأمصار متفقون على أن خيار العيب وخيار التعيين يورثان . ومختلفون فى توريث خيار الشرط وخيار الرؤية :

فالشافعية والمالكية قالا : يورثان . والحنفية والحنابلة قالا : لا يورثان .

أما الاتفاقية فدليلهم عليها هو أن الخيار فى العيب ، والتعيين حق متعلق بالمبيع فى عينه فانتقل بالموت إلى الوارث تبعا لانتقال العين إليه ، وهذا نظير حق حبس المبيع إلى أن يحضر المشترى الثمن ينتقل إلى ورثة البائع بموته .

وأما الاختلافية : فاستدل من قال بالأرث بالسنة والمعقول .

أما السنة : فقوله ﷺ « من ترك مالا أو حقا ، فلورثته ومن ترك كلا ، أو عيالا فإلى » وكل من خيارى الشرط والرؤية حث للمورث ، فينتقل للوارث بموته بمقتضى الحديث .

وأما المعقول : فقالوا بقياس هذين الخيارين على خياريى العيب والتعيين بجامع أن كلا من هذه الخيارات حق له تعلق بالعين ، فينتقل إلى الوارث بانتقالها .

- واستدل من قال بعدم الإرث :

أولا : بأن حق الفسخ بهذين الخيارين لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث ؛ كحق الرجوع فى الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لا يرثه عنه وارثه ؛ لكونه لا يجوز الاعتياض عنه . وهذا بخلاف خيار العيب لمن هو له أن يعتاض عنه بالمصالحة .

وثانيا : بأن هذين الخيارين ليسا وصفين بالمبيع حتى يورثان بإرثه وإنما هما مشيئة وإرادة ، فهما وصفان قائمان بشخص من هما له ، فلا يورثان عنه ؛ لأن الأرث يعتمد إمكان النقل والأوصاف الشخصية لا تقبل الانتقال بحال بل تفنى بفناء صاحبها .

هذه هى أدلة الطرفين . يرد على أدلة الطرف الأول أن الحديث الذى استدلوا به لم يصح منه سوى « من ترك مالا » أما لفظ - أو حقا - فلم يرد من طريق صحيح ينهض حجة على دعواهم .

وأن القياس على خيارى العيب والتعيين قياس مع الفارق ؛ لأن الموروث فى خيارى العيب والتعيين ليس سوى العين والخيار ثبت لازما لها ، بيان ذلك :

أولا : بالنسبة لخيار العيب الموروث العين بجميع أجزائها ومن جملتها الجزء الذى فوته العيب =

وأصحابهما ، قالوا: يُوَرَّثُ ، وأنه إذا مات صاحبُ الخيار فَلِوَرَثَتِه من الخيار مثلُ ما كان له .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يَبْطُلُ الخيارُ بموت من له الخيار ، ويتم البيع ،، وهكذا عنده خيار الشُّفْعَةِ ، وخيارُ قبول الوصيةِ ، وخيار الإِقَالَة ، وسلم لهم أبو حنيفة خِيَارَ الرد بالعيب ، أعني : أنه قال : يورث ، وكذلك خِيَارُ استحقاقِ الغنيمة قبل القسم ، وخيار القصاص ، وخيار الرهن ، وَسَلَّمَ لَهُمْ مالكٌ خيارَ رد الأب ما وهبه لابنه ، أعني: أنه لم يَرَ لورثةِ الميت من الخيار في رَدِّ ما وَهَبَهُ لابنه ما جعل له الشرع من ذلك، أعني:

= إلا أنه لما تعذر تسلمه ثبت له الخيار ضرورة دفعا للضرر عنه ، كما لو ابتاع شخص شيئاً ففات بعضه قبل قبضه .

وثانيا : بالنسبة لخيار التعيين أصل المملوك للمورث هو أحد الشيئين المخير بينهما ، فينتقل إلى الوارث كذلك ، ولازمه هو اختلاط مالك الوارث بملك البائع فوجب عليه تمييز ملكه عن ملك البائع كما لو ورث مالا مشتركا فخيره فيه شريكه حيث يجب عليه التمييز .

وهذا بخلاف خيارى الشرط والرؤية ليس من ضرورة إرث العيب ثبوتهما فلو ورثا ورثا أصالة واستقلالا وقد بينا أنهما وصفان غير قابلين للنقل .

ويرد على أدلة الطرق الثانى ، من حيث القياس على الهبة قبل القبض بجامع عدم الاعتياض بأنا نسلم القياس ، ونقول بأرث حق فسخ الهبة قبل القبض ؛ لأنه حق متعلق بالعين كما هو مذهب الشافعية ، فلا يصلح والحال ما ذكر دليلا على دعوى عدم الأرث .

والحق أن حق فسخ الهبة قبل قبضها منما يدخل أرثه ضمن دائرة النزاع ، فلا يصلح دليلا للطرفين.

ومن حيث قولهم كل من خيارى الشرط والرؤية وصف شخصى ، فلا يورث لعدم تصور النقل فيه بأن هذا مسلم لو كان هذا الوصف لا تعلق له بالمال ، أمَّا إذا كان له تعلق بالمالك فهذا ما لا نسلمه ؛ لأن تعلقه به وصف له والمال يورث بأوصافه ، غاية ما هنالك الوصف القائم بالعاقد ، وهو إرادة الفسخ ، أو الأمضاء يزول بموته ، ولكن الوارث يقوم مقامه فى هذا لأنه خليفته .

والذى نراه راجحا هو مذهب من قال بالأرث ؛ لأن هناك كثيرا من الحقوق التى قد أجمع على أرثها لتعلقها بالمال ، كحق حبس المرتهين للعين المرهونة وحق حبس المبيع للبائع إذا لم يقبض الثمن ، ولأن الوارث إنما يخلف المورث فيما كان مملوكا له ، وملكه فى خيارى الرؤية والشرط كان غير تام فيخلفه عليه كذلك ؛ لأن من غير المعقول أن يكون الملك غير تام للمورث ، وبينما هو تام للوارث مع أن سلطانه على ما خلفه مستمد منه .

هذا وأما خيار المجلس فكل من الشافعية والحنابلة فيه على أصله ، فالحنابلة لا يورثونه ، والشافعية يورثونه . وهناك قول ضعيف فى المذهب بعدم إرثه لأنه يبطل بالتفرق فيبطل بالموت من باب أولى ؛ لأن الموت عبارة عن مفارقة الحياة وهى أبلغ من مفارقة الأبدان . وهذا قياس غريب ؛ لأن التفرق بالأبدان أبطله لدلالة على الرضا ، وهل الموت كذلك ؟

للأب ، وكذلك خيار الكتابة ، والطلاق ، واللِّعَانِ ،، ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر: طَلِّقِ امْرَأَتِي مَتَى شِئْتَ ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثتَهُ لا يتنزَّلُونَ منزلته عند مالك .

و[سلم] [١] الشافعي ما سَلَّمَتِ المالكيةُ للحنفيةِ من هذه الخيارات ، و[سلم] [٢] زائداً خيار الإقالة والقبول ، فقال: لا يورثان .

[أَدِلَّةُ الفقهاء في تَوْرِيث الْخِيَار ، أَوْ عَدَمِه]

وعمدة المالكية ، والشافعية : أن الأصل [٣] هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دَلِيلٌ على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال .

وعمدة الحنفية : أن الأصل هو أن يورثَ المالُ دونَ الحقوقِ إلا ما قام دليل [٤] من إلْحَاقِ الحقوقِ بالأموال فموضع الخلافِ : هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال ؛ أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يُسَلِّمْهُ له خَصْمُهُ منها بما يسلمه [٥] منها له ، ويحتج على خصمه ،، فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرَّدِّ بالعيبِ ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ، والحنفية تحتجُّ أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يُعْطِيَ فارقاً فيما يختلف فيه قوله، ومشابهاً فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قَوْلِ خَصْمِه بالضِّدِّ ، أعني : أن يعطي فارقاً فيما يضعه الخصم متفقاً ، ويعطي اتفاقاً فيما يضعه الْخَصْمُ متبايناً ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا : إن خيار الأب في رَدِّ هبَته لا يورث ؛ لأن ذلك خيارٌ راجعٌ إلى صِفَةٍ في الأب لا توجد في غيره ، وهي الأُبُوَّةَ ؛ فوجب ألا تُوَرَّثَ ، لا إلى صفة في العقد ،، وهذا هو سببُ اختلافهم في خِيَارِ خِيَارٍ ، أعني : أنه من انقدحَ له شيءٌ منها أنه صِفَةٌ لِلْعَقْدِ ورثه، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يُوَرِّثْهُ .

[من يصح خيارُهُ ، والقول في خِيَارِ الأَجْنَبِيِّ]

وأما المسألة السادسة : وهي من يصح خِيارُهُ ؟ فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي [٦] .

---

(١) فى الأصل : ومسلم . (٢) فى الأصل : ومسلم . (٣) فى الأصل : الأصول .

(٤) فى الأصل : دليل . (٥) فى الأصل : سلمها .

(٦) الذين ذهبوا إلى جواز اشتراط الخيار فى البيع اتفقوا على أنه ثابت لكل من البائع ، والمشترى مجتمعين ، ومتفردين إلا الثورى وعبد الله بن شبرمة ، فقالا : لا يثبت إلا للمشترى وحده .

وجه قولهما : الحديث المشهور حديث حبان بن منقذ « إذا أنت بايعت ، فقل لا خلابة ثم أنت فى=

فقال مالك : يجوز ذلك ، والبيع صحيح .

وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ،، ولا يجوز الخيارُ عنده على هذا القول لغير العَاقِدِ ؛ وهو قول أحمد ،، وللشافعي قول آخر مثل قول مالك ،، وبقول مالك قال أبو حنيفة .

واتفق المذهبُ على أن الخيارَ للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لازم لهما .

واختلف المذهب إذا جعله أَحَدُهُمَا فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار ، أو

= كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » ؛ لأن ابتاع بمعنى اشترى . قال فى لسان العرب : الابتياع الاشتراء - ولو كان البائع كالمشترى فى ثبوت الخيار له لما اقتصر الرسول الله ﷺ على بيان حكم المشترى وحده.

ووجه مذهب الجمهور - هو - أولا : قياس البائع على المشترى لو سلم أن الحديث خاص به ؛ لأن الحاجة الداعية إلى ثبوته للمشترى داعية إلى ثبوته للبائع .

ثانيا : على أن الحديث غير مختص بالمشترى كيف وقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا أنت بايعت» شامل لهما معا ؛ لأن بايع تقال للبائع والمشترى بل هى فى الأول أظهر . فالاقتصار على المشترى فى الشطر الثانى من الحديث لا يدل على أن هذا الحكم خاص به . بل هو من باب إفراد فرد من العام بحكمه .

ثالثا : ومع هذا فقد روى الحديث بصيغة عامة شاملة لهما جميعا ، وهى « ثم أنت بالخيار ثلاثاً » وهى أصح سندا وأسلم طريقا .

والجمهور : بعد أن أجازوا شرط الخيار لكل من البائع والمشترى ، اختلفوا فى جواز اشتراطه لغيرهما :

فمذهب الحنفية والمالكية والحنابلة : جواز شرطه لغير العاقدين ، ومذهب الشافعية فيه قولان : قول بالجواز كالجمهور ، وهو الصحيح وقول بعدم الجواز ، وهو قول زفر من الحنفية والقاضى من الحنابلة.

وجه من قال بالجواز : هو أن الخيار حقهما ، فلهما أن يتنازلا عنه لغيرهما كسائر الحقوق ، وأيضا الخيار جعل إلى شرطهما للحاجة ، وقد تدعو الحاجة إلى شرطه للأجنبى كأن يكون أعرف بالسلعة ، أو بالسوق ، أو يكون أنفذ نظرا وأثقب فكرا من العاقد فيشرط له الخيار ، ويجعل عقدة البيع بيده إن شاء أمضى وإن شاء فسخ ليكون حر التصرف يفعل ما فيه وجه المصلحة محتملا فى هذا تبعة المسؤولية الأدبية أمام صاحبه الذى فوض الأمر إليه ووثق بذمته .

ووجه من قال بعدم الجواز : قال : خيار الشرط حكم من أحكام العقد فيختص بالعاقدين كسائر أحكامه ، فكما لا يجوز أن يكون الثمن مشروطا على غير العاقد كذلك الخيار لا يشرط للأجنبى .

ويمكننا أن نجيب عن هذا : بأن الثمن حكم من أحكام العقد عند الإطلاق فهو يقتضيه لذاته فيختص بالعاقد المباشر له وهذا بخلاف خيار الشرط ، فليس حكما من أحكام العقد إلا بالشرط فيكون تبع الشرط ، وقصارى القول لا نسلم لهم هذه الدعوى على إطلاقها - أحكام العقد تختص بالعاقدين، بل هى من قبيل المصادرة على المطلوب ، كيف وهى محور النزاع ؟

المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ، فقيل : القول في الإِمْضَاء [والرد] [١] قول الأجنبي ، سَوَاءٌ اشترط خيارَه البائعُ أو المشتري ،، وقال عَكْسَ هذا القولِ من جعل خياره [هنا كالمشورة] [٢] .

وقيل بالفرق بين البائع والمشتري : أي أن القولَ في الإمضاء والرد قول البائعِ دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترطَ الخيار .

وقيل : القولُ قولُ من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبيُّ الذي اشترط البائعُ خياره الرد ، ووافقه المشتري ، فالقول قولُ البائع في الإمضاء ،، وإن أراد البائعُ الردَّ ، وأراد الأجنبي الإمضاء ، ووافقه المشتري ، فالقولُ قولُ المشتَرِي ، وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبي المشتري ، فالقولُ فيهما قولُ من أراد الإمضاءَ ، وكذلك الحالُ في المشتري .

وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أي : إن اشترطه البائع ، فالقول قول من أراد الإمضاءَ منهما ، وإن اشترطه المشتري ، فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في « المدونة » ، وهذا كله ضعيف .

[مَنِ اشْتَرَطَ مِنَ الخَيَارِ مَا لا يَجُوزُ]

واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل : أن يشترط أَجَلاً مجهولاً ، وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوِّزُ الخيارَ فَوْقَ الثلاث ، أو خيار رجل بعيد [الموضع بعينه] [٣] ، أعني : أجنبياً : فقال مالك ، والشافعي : لا يصح البيع ، وإن أسقط الشرط الفاسد ، وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد . فأصل الخلاف : هل الفساد الواقع في البيع من قِبَلِ الشَّرْط يتعدى إلى العقد ، أم لا يتعدى ، وإنما هو في الشرط فقط ؟ فمن قال: يتعدى ، أَبْطَلَ البيع ، وإن أسقطه ،، ومن قال : لا يتعدى ، قال : البيعُ يصحُّ إذا أسقط الشرط الفاسد ؛ لأنه يُبْقِي العقد صحيحاً .

تم كتاب بيع الخيار بحمد الله .

* * *

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : هناك المشورة . (٣) فى الأصل : الغيبة .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى اللهُ علَى سيدنَا محمَد وسلم
كِتَابُ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ

[بَيْعُ الْمُسَاوَمَةِ ، وَبَيْعُ الْمُرَابَحَةِ]

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ، ومرابحة ، وأن المرابحة[١]

---

(١) المرابحة مفاعلة من الربح ، وهى تستلزم المشاركة من الجانبين فى المعنى ، ولكنها هنا ليست على بابها ؛ لأن الذى يربح إنما هو البائع .

وقيل : هى بمعنى الإرباح كالمسافرة بمعنى السفر ، وهى فى اصطلاح الفقهاء نقل ما ملكه بالنقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ، سواء كان هذا الربح مقسطاً على الثمن باعتبار الأجزاء كربح واحد لكل عشرة من الثمن ، أو كان جملة معلومة زائدة على الثمن الأصلى ، كأن يقول : بعتك بما اشتريت مع ربح عشرة مثلاً .

ويشترط فيها شروط البيع فى الجملة ؛ لأنها ليست سوى نوع منه ، وفيها تفصيل يطول لاسيما على مذهب المالكية .

وبيع المرابحة جائز شرعاً ؛ لأن شرائط الجواز التى لا بد منها فى البيع متوفرة فيها ، فتكون حلالاً بموجب قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ . وأيضاً الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيوع ؛ لأن المشترى قد لا يحسن المبايعة ، فيحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى ، فتطيب نفسه بالشراء منه بمثل ما اشترى مع زيادة ربح .

وهذا مذهب الجماهير من العلماء ، لم يخالف فيه إلا الظاهرية ، فإنهم يرون بطلان بيع المرابحة ، لأنها :

أولاً : تعتمد شرطاً ليس فى كتاب الله ، ولا فى سنة رسوله ﷺ .

وثانيا : فيها غرر لجهالة الثمن حين العقد ، وهى مفسدة للبيع .

وثالثا : ورد فيها آثار عن الصحابة تفيد حرمتها .

وجوابنا على الدليل الأول بادعاء أنها وردت فى كتاب الله ؛ لأنها بيع والله تعالى أحل البيع .

وعن الدليل الثانى : بأن كل من قال بجواز بيع المرابحة شرط فى صحتها : أن يكون المشترى عالماً بالثمن الأول وقت العقد ، وبإضافة الربح إليه يكون الثمن معلوماً لهما وقت العقد ، أو مآله العلم بدون ما شحناء أو ضراء ؛ لأن الربح معلوم لهما ، وأساسه معلوم كذلك .

وعن الدليل الثالث : بإن النقل عن الصحابة الذين نقلوا عنهم مضطرب ، ولو صح فقد نقل عن غيرهم ما يخالفه .

هي أن يَذْكُرَ البائِعُ للمشتري الثَّمَنَ الذي اشترى به السلعة ، ويشترط عليه ربحاً ما للدينار ، أو الدرهم .

واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين : أحدهما : فيما للبائع أن يَعُدَّهُ من رأس مال السِّلْعَة [ممَّا أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال] (١) .

والموضعُ الثَّاني : إذا كَذَّبَ البائعُ المشترِيَ فى الثمن ؛ فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ، ثم ظَهَرَ له أنه اشتراها بأكثر : ففي هذا الكتاب بِحَسَب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : **الباب الأول** : فيما يُعَدُّ من رأس المال مما لا يُعَدَّ ، وفي صِفَة رَأْسِ المال الذي يجوز أن يبنى عليه الرِّبْحُ ، ، **الباب الثاني** : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خَبَرِ البائع بالثمن .

* * *

(١) سقط فى الأصل .

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِيمَا يُعَدُّ مِنْ رَأسِ الْمَالِ مِمَّا لاَ يُعَدِ ، وَفِي صِفَةَ رَأسِ الْمَالِ الَّذِي يَجُوزُ أَنْ يُبْنَى عَلَيْهِ الرِّبْحُ

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد : فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما يَنُوبُ البائعُ على السلعة زائداً على الثمن - ينقسم ثلاثة أقسام : قسم : يُعَدُّ في أَصْلِ الثمن ، ويكون له قسط حظ من الربح ، وقسم : يُعَدُّ في أصل الثمن ، ولا يكون له حظ من الربح ، وقسم : لا يعد في أَصْلِ الثمن ، ولا يكون له حظ من الربح .

[ما يُعَدُّ مِن رَأسِ المال ، وله حَظٌّ من الربح ، وما ليس له حظ]

فأما الذي يحسبه من رأس المال ، ويجعل له حظاً من الربح ، فهو ما كان له تأثير في عين السلعة ؛ مثل : الخياطة ، والصبغ [والقصارة ، والطرز وشبه ذلك] [١] ، ، وأما الذي يحسبه في رأس المال ، ولا يجعل له حَظا من الربح ، فما لا يؤثر في عَيْنِ السلعَةِ مما لا يمكن البائع أن يتولاهُ بنفسه ؛ كحمل المتاع من بَلَدٍ إلى بلد ، وكراء البيوت التي توضع فيها .

[مَا لا يُحْسَبُ من رَأسِ المال ، وليس له حَظٌّ في الربح]

وأما ما لا يحتسب فيه [٢] في الأمرين جميعاً ، فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صَاحِبُ السِّلْعَةِ بنفسه كالسمسرة ، وَالطَّيِّ والشَّدِّ ، ، وقال أبو حنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نَابَهُ عليها ، ، وقال أبو ثور : لا يجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ، ويفسخ عنده إن وقع ، قال : لأنه كذب ؛ لأنه يقول له : ثَمَنُ سِلْعَتِي كذا وكذا ، وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب الْغِشِّ .

وأما صفةُ رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به : فإن مالكاً ، والليث قالا فيمن

---

(١) سقط فى ط .		(٢) فى الأصل : به .

اشترى سلعة بدَنَانِيرَ والصرف يوم اشتراها صَرْفٌ [معلوم] [١] ثم باعها بدراهم والصرف قد تَغَيَّرَ إلى زيادة : إنَّهُ ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها ؛ لأنه من باب الْكَذِبِ والخيانة ، وكذلك إن اشتراها بدراهم ، ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرفُ .

[مَن ابْتَاعَ سِلْعَةً بعُرُوضٍ ، هل له أن يبيعها مُرَابَحَةً ، وكيف ؟]

واختلف أصحابَ مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض ، هل يجوز له أن يَبيعَهَا مرابحة أم لا يجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز ، فهل يجوز بقيمة الْعَرَضِ ، أو بالعرض نفسه؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتراه به من الْعُرُوضِ ، ولا يجوز على القيمة ،، وقال أشهب : لا يجوز لمن اشترى سِلْعَةً بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة؛ لأنه يطالبه بِعُرُوضٍ على صِفَةِ عَرْضِهِ ، وفي الغالب ليس يكون عنده ، فهو من باب بيع ما ليس عنده .

[مَن اشْتَرَى سلْعَة بدَنَانِيرَ ، فأخذ بَدَلَهَا عَرضاً ، هل يجوز بَيْعُهَا مرابحة ؟]

واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سِلْعَةً بدنانير ، فأخذ [٢] في الدنانير عروضاً أو دراهم ، هل يجوز له بيعها مُرَابَحَةً دون أن يعلم بما نقد ، أم لا يجوز ؟ فقال مالك : لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ،، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السِّلْعَةَ دون العروض التي أعطي فيها الدنانير ، أو الدراهم .

[مَن اشْتَرَى سِلْعَةً بأَجَلٍ فباعها مُرَابَحَةً]

وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل ، فباعها مرابحة : إنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل ،، وقال الشافعي [٣] : إن وقع كان للمشتري مثل أَجَلِه ،، وقال أبو ثور : هو كالعيب ، وله الرد به ،، وفي هذا الباب في المذهب فُرُوعٌ كثيرة ليست مما قصدناه .

* * *

(١) سقط فى الأصل .　　(٢) فى الأصل : فأعطى .　　(٣) فى الأصل : الأوزاعى .

الْبَابُ الثَّاني : فِي حُكْمِ مَا وَقَعَ مِنَ الزِّيَادَة أَوِ النُّقْصَانِ فِي خبرِ الْبَائعِ بِالثَّمَنِ

[اختلافُ الفقهاء في هذا الموضوع]

واختلفوا فيمن ابتاع [١] **سلعةً مرابحةً على ثمن ذَكَرَهُ ، ثم ظهر بعد ذلك ، إما بإقراره، وإما ببينة أن الثمن كان أقل ، والسلعة قائمة** : فقال مالك ، وجماعة : المشتري بالخيار ، إما أن يَأْخُذَ بجميع الثمن ، أو يرد إلا أن يَحُطَّ عنه البائعُ الزيادَةَ وربحها ، فتلزمه بالثمن الذي صَحَّ ، أو يترك إذا لم يُلْزِمْهُ البائعُ أخذَها بالثمن الذي صَحَّ ، وإن ألزمه لزمه .

وقال أبو حنيفة ، وزفر : بل المشتري بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن أَلْزَمَهُ البائع لَزِمَهُ ، ، وقال الثوري ، وابن أبي ليلى ، وأحمد ، وجماعة : بل يبقى البيعُ لازماً لهما بعد حَطِّ الزيادة ، ، وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقاً، والقول باللزوم بعد الحط .

[حُجَّةُ الْفُقَهَاءِ في هذا الموضوع]

فحجة من أوجب البيع بعد الحط : أن المشتري إنما أَرْبَحَهُ على ما ابْتَاعَ به السلعةَ لا غير [ذلك] [٢] ، فلما ظَهَرَ خلاف [ما قال] [٣] وجب أن يَرْجِعَ إلى الذي ظهر ، كما لو أخذه بِكَيْلٍ معلوم ، فخرج بغير ذلك الكيل ؛ أنه يلزمه تَوْفِيَةُ ذلك الكيل .

وحجةُ من رأى أن الخيارَ مطلقاً تَشْبِيهُ الكذب في هذه المسألة بالعيْبِ ، أعني : أنه كما يوجب العيب الخيار ، كذلك يوجب الكذب .

[الْقَوْلُ فِيمَا إِذَا فَاتَت السِّلْعَةُ فِي تلْكَ الْمَسْأَلَة]

وأما إذا فاتت السلعة : فقال الشافعي : يحط مقدارَ مَا زَادَ من الثمن ، وما وجب له من الربح . **وقال مالك** : إن كانت قيمتها يوم القبض ، أو يوم البيع - على خلاف عنه في ذلك - مِثْلَ ما وَزَنَ المبتاعُ أو أقل ، فلا يرجع عليه المشتري بِشَيْءٍ ، وإن كانت القيمةُ أَقَلَّ

---

(١) في الأصل : باع .	(٢) سقط في ط .	(٣) في الأصل : بأقل .

خُيِّرَ البائع بين رَدِّهِ للمشتري القيمة ، أو رده الثمن ، أو إمضائه السلعة بالثمن الذي صَحَّ .

[إذَا بَاعَ سلْعَتَهُ مُرَابَحَةً ، ثم أقام البيِّنَةَ أَنَّ ثَمَنَهَا كان أَكْثَرَ]

وأما إذا باع الرجلُ سلعَتَهُ مُرَابَحَةً ، ثم أقام البينة أن ثمنها أكثرُ مما ذكره ، وأنه وهم في ذلك وهي قائمة ، فقال الشافعي : لا يسمع من تلك البينة ؛ لأنه كذبها ،، **وقال مالك** : يسمع منها ، ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد ؛ لأنه بيع آخر ،، وقال مالك في هذه المسألة إذا فاتت السلعة : إن المبتاع مُخَيَّرٌ بين أن يُعْطِيَ قيمَةَ السلعة يوم قبضها ، أو أن يَأْخُذَهَا بالثمن الذي صَحَّ ،، فهذه هي مشهوراتُ مسائلهم في هذا الباب ،، ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها : حكم مسألة الكذب ، وحكم مسألة الغش ، وحكمُ مسألةِ وجودِ العيب .

فأما حكم الكذب ، فقد تقدم .

وأما حكمُ الرَّدِّ بالعيب ، فهو حكمه في البيع المطلق .

[حُكْمُ الْغشِّ في بَيْعِ الْمُرَابحَةِ]

وأما حكم الغش عنده : فهو تخيير البائع مطلقاً ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش ، كما له ذلك في مسألة الكذب ، هذا عند ابن القاسم ،، وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثِّرٌ في الثمن ، وقسم غَيْرُ مؤثر ،، فأما غيرُ المؤثر فلا حكم عنده فيه ، وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب .

وأما التي تَتَرَكَّبُ فهي أَرْبَعُ مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب [1] ، [وكذب وغش وتدليس بِعَيْبٍ] [2] ،، وأصلُ مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بَقِيَ حُكْمُهُ إن كان فَاتَ بحكم أحدهما ، أو بالذي هو أرجح له إن لم يَفُتْ حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الْجَمْعُ ،، وتفصيلُ هذا لائِقٌ بكتب الفروع ، أعني [3] : مذهب ابن القاسم وغيره .

انتهى القول والحمد لله كثيراً .

* * *

(١) فى الأصل : بغير عيب . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : على .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ بَيْعِ الْعَرِيَّةِ (١)

[العريَّةُ ، وشُروطُ شراءِ الْمُعْرِي من الْمُعْرَى له]

اختلف الفقهاء في معنى العرية ، والرخصة التي أتت فيها في السُّنة : فحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب المالكي ؛ أن الْعَرِيَّةَ في مذهب مالك هي : أن يَهَبَ الرجلُ ثمرةَ نَخْلَةٍ ،

---

(١) العرايا لغة : واحدتها عرية وهى النخلة التى يعريها صاحبها رجلا محتاجاً ، والإعراء أن يجعل له ثمرة عامها ، فقال بعض العرب منا من يعرى ، وهو أن يشترى الرجل النخل ثم يستثنى نخلة أو نخلتين .

قال الأزهرى : ويجوز أن تكون العرية مأخوذة من عرى يعرى ؛ كأنها عريت من جملة التحريم ، وأعرف فلانا فلانا ثمرة نخلة إذا أعطاه إياها يأكلها رطباً ، وليس فى هذا بيع إنما فضل ومعروف .

وقيل : هى من عراه يعروه إذا قصده ، أو من عرى يعرى إذا خلع ثوبه وأعراه النخلة وهبه .

أنظر : الصحاح : (٦/ ٢٤٢٤) ، تاج العروس : (١٠/ ٢٤٠) ، لسان العرب : (١٩/ ٢٧٨) .

واصطلاحاً :

هى عند الأحناف : العرية عند الأحناف محمولة على الهبة والعطية ، واسم البيع وقع عليها مجازاً ، عن أبى يوسف عن أبى حنيفة قال : معنى العرية أن يعرى الرجل الرجل ثمر نخلة من نخله ، فلم يسلم ذلك إليه حتى يظهر له أن لا يمكنه ذلك ، فيعطيه مكانه خرصاً تمراً فيخرج بذلك عن اخلاف الوعد .

وهى عند المالكية : فى النخل ، وفى جميع الثمار كلها مما ييس ، ويدخر مثل العنب والتين والجوز واللوز وما أشبهه .

وهى عند الشافعية : التى رخص رسول الله ﷺ فى بيعها أن قوماً شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر ، وليس عندهم ما يشترون به من ذهب ، ولا ورق وعندهم فضول تمر من قوت سنتهم فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرية بخرصها تمراً يأكلونها رطباً ، ولا يشترى من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق .

وهى عند الحنابلة : أن يوهب للإنسان من النخل ما ليست فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً .

انظر : تبيين الحقائق : (٤/ ٤٨) ، بدائع الصنائع : (٢/ ٤٨) ، الحجة على أهل المدينة : (٢/ ٥٤٧) ، البحر الرائق : (٦/ ٨٢) ، المدونة : (٤/ ٢٥٨) ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣/ ١٧٩) ، الأم : (٣/ ٥٦) ، المهذب : (١/ ٢١٨) ، مغنى المحتاج : (٢/ ٩٣) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : (٤/ ١٥٧) ، المغنى : (٤/ ٥٦) ، كشاف القناع : (٣/ ٢٥٨) .

أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز لِلْمُعْرِي شِرَاؤُهَا من المعرى له بِخَرْصِهَا تمراً على شروط أربعة : **أحدها** : أن تُزْهِيَ ، ، **والثاني** : أن تكون خَمْسَةَ أَوْسُقٍ فما دون ، فإن زادت فلا يجوز ، ، **الثالث** : أن يعطيه الثمن للذي يشتريها به عند الْجُذَاذِ ، فإن أعطاه نَقْداً [لم يَجُزْ] (١) ، ، **والرابع** : أن يكون التمرُ من صِنْفِ تمر الْعَرِيَّةِ ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية إنما هي في حق المعري فقط .

[الرخصةُ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّة]

والرخصة فيها : إنما هي استثناؤها من المزابنة ، وهي بيعُ الرطب بالتَّمْرِ الجاف الذي ورد النهي عنه (٢) ، ومن صِنْفَي الربا أيضاً ، أعني : التفاضل ، والنَّسَاءَ ؛ وذلك أنه بَيْعُ ثمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين ، وهو الْخَرْصُ ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً ، وهو أيضاً ثمر بثمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هي الْعَرِيَّةُ ، وما هي الرخصة فيها ، ولمن الرخصة فيها ؟

[قَوْلُ الشافعي في الرُّخْصَةِ فِي الْعَرِيَّةِ]

وأما الشافعي : فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة ، وإنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من الثمر ، أعني : الخمسةَ أَوْسُقٍ ، أو ما دون ذلك بتمر مثلها ، ، ويرى أن الرخصةَ فيها إنما هي مُعَلَّقَةٌ بهذا القدر من التمر ؛ لضرورة الناس أن يأكلوا رُطَباً ، وذلك لمن ليس عنده رُطَبٌ ولا ثمن ليشترى به الرطب، وعنده تمر يشتري به الرطب ، ، والشافعي يشترط في إعطاء التَّمْرِ الذي تباع به الْعَرِيَّةُ أن يكون نقداً ، ويقال : إن تفرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ البيعُ .

[فِيمَا تَجُوزُ فيه الْعَرِيَّةُ عند الفقهاء ، وَمِقْدَارُها]

والعرية جائزة عند مالك في كل ما يَيْبَسُ وَيُدَّخَرُ ، وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ، ، ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسةِ أَوْسُقٍ عند مالك ، والشافعي ، وعنهما الخلاف إذا كانت خَمْسَةَ أوسق ، فروي الجواز عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجوازُ .

[المواضِعُ التي خَالَفَ فِيهَا الشَّافِعِيُّ مالكاً في الْعَرِيَّةِ]

فالشافعي يخالف مالكاً في العرية في أربعة مواضع :

أحدها : في سبب الرُّخْصَةِ ، كما قلنا .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) تقدم .

والثاني: أن العرية التي رخص فيه ليست هِبَةً ، وإنما سُميت هبة على التجوُّز .

والثالث : في اشتراط النقد عند البيع .

والرابع : في مَحلِّها ،، فهي عنده - كما قلنا - في التمر ، والعنب فقط ، وعند مالك في كل ما يدخر ، وييبسُ .

[قَوْلُ أحمد بن حنبل في الْعَرِيَّة]

وأما أحمد بن حنبل : فيوافق مالكاً في أن العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه في أن الرُّخْصَةَ إنما هي عنده فيها للموهوب له ، أعني : الْمُعْرَى له لا الْمُعْرِى ؛ وذلك أنه يرى أن له أن يَبِيعَهَا ممن شاء بهذه الصفة لا من الْمُعْرِي خاصة ، كما ذهب إليه مالك.

[قَوْلُ أبي حَنيفة]

وأما أبو حنيفة : فيوافق مالكاً في أن الْعَرِيَّةَ هي الْهِبَةُ ، ويخالفه في صِفَةِ الرخصة ؛ وذلك بأن الرخصةَ عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ، ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما الرخصة فيها عنده من باب رُجُوعِ الْوَاهِبِ في هِبَتِهِ ، إذا كان الموهوب له لم يَقْبِضْهَا ، وليست عنده ببيع [1] ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مَخْصُوصَةٍ ، وهو أن يُعْطِيَ بدلها تمراً بِخَرْصِهَا .

[عُمْدَةُ مذهب مالك في الْعَرِيَّة]

وعمدة مذهب مالك في العرية : أنها الصفة التي ذَكر سنتها المشهورة عندهم بـ«المدينة»، وقالوا : وأصل هذا أن الرجلَ كان يَهَبُ النخلاتِ من حَائطه ، فيشقُّ عليه دُخُولُ الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بِخَرْصِهَا تمراً عند الْجُذَاذ ،، ومن الحجة له في أن الرخصة إنما هي للْمُعْري حديث سهل بن أبي حثمة : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بالرطب ، إلا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا ، يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً** » [2]، **قالوا** : فقوله : « يأكلها رُطَباً » دليل على أن ذلك خَاصٌّ بمعريها ؛ لأنهم في ظاهر هذا القول أهلها، ويمكن أن يقال : إن أهلها هم الذين اشْتَرَوْهَا كائناً من كان ، لكن قوله: «رطباً » هو تعليل لا يناسب الْمُعْرِي ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ، وهم الذين لَيْسَ عِندَهُمْ رُطَبٌ ، ولا تمر [3] يشترونها به ؛ ولذلك كانت الحجة للشافعي .

[الْعَرِيَّةُ هِيَ الْهِبَةُ ، وَسَبَبُ تَسْمِيَتِهَا]

وأما أن الْعَرِيَّةَ عنده هي الهبة : فالدليل على ذلك من اللُّغَةِ ، فإن أهل اللغة قالوا :

---

(١) في الأصل : بيعًا . (٢) تقدم . (٣) في الأصل : ثمن .

العريةُ هي الهبةُ ، ، واختلف في تسميتها بذلك : فقيل : لأنها عَرِيَتْ من الثمن ، ، وقيل : إنها مأخوذة من : عَرَوْتُ الرجل أَعْرُوهُ إذا سألته ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج : ٣٦] .

[تعليلُ شُرُوط مَالك في بَيْعِ الْعَرِيَّة]

وإنما اشترط مالك نقد الثمن [١] **عند الْجُذَاذ أعني : تأخيره إلى ذلك الوقت** ؛ لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته أن يتأجل إلى الْجُذَاذ ، أصله الزكاة ، وفيه ضعف؛ لأنه مصادمةٌ بالقياس لأصل السنة . وعنده أنه إذا تَطَوَّعَ بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، ، وأما اشتراطه جوازها في الْخَمْسَة أَوْسُق ، أو فيما دونها ؛ فلما رواه عن أبي هريرة : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا ، فِيمَا دُونَ خَمْسَةَ أَوْسُق ، أَوْ فِي خَمْسَةَ أَوْسُق** » (١٠٢١) ، ، وإنما كان عن مالك في الخمسة أوسق روايتان ؛ للشكِّ الواقع في هذا الحديث من الراوي ، ، وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصِّنْف بعينه إذا يَبِسَ ، فلما روي عن زيد بن ثابت « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ رَخَّصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ أَنْ يَبِيعَهَا بِخَرْصِهَا تَمْراً** » (١٠٢٢) ، ، خرجه مسلم .

---

(١) فى الأصل : التمر.

(١٠٢١) أخرجه مالك (٢/ ٦٢٠) كتاب البيوع : باب ما جاء فى بيع العرية ، الحديث (١٤) ، والبخارى (٣٨٧/٤) كتاب البيوع : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة ، الحديث (٢١٩٠) ، وفى (٥/ ٥٠) كتاب المساقاة : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، الحديث (٢٣٩٢) ، ومسلم (٣/ ١١٧١) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، الحديث (٧١/ ١٥٤١) ، وأبو داود (٣/ ٦٦٢) كتاب البيوع : باب فى مقدار العرية ، الحديث (٣٣٦٤)، والترمذى (٣/ ٥٩٥) كتاب البيوع : باب ما جاء فى العرايا ، الحديث (١٣٠١) ، والنسائى (٧/ ٢٦٨) كتاب البيوع : باب بيع العرايا بالرطب ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٠) كتاب البيوع: باب العرايا ، والبيهقى (٥/ ٣١١) كتاب البيوع : باب ما يجوز من بيع العرايا ، كلهم من طريق مالك عن داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى هريرة به .

(١٠٢٢) أخرجه مالك (٢/ ٦١٩ - ٦٢٠) كتاب البيوع : باب ما جاء فى بيع العرية ، الحديث (١٤ مكرر) ، وأحمد (٥/ ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٦ ، ١٨٨ ، ١٩٠ ، ١٩٢) ، والبخارى (٤/ ٣٧٧) كتاب البيوع : باب بيع الزبيب بالزبيب ، الحديث (٢١٧٣) ، وفى (٤/ ٣٨٣ - ٣٨٤) بيع المزابنة ، الحديث (٢١٨٤) و (٢١٨٨) ، وفى (٥/ ٥٠) كتاب المساقاة : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، الحديث (٢٣٨٠) ، ومسلم (٣/ ١١٦٩) كتاب البيوع : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، الحديث (٦٠/ ١٥٣٩) ، وأبو داود (٣/ ٦٥٩ - ٦٦١) كتاب البيوع : باب فى بيع العرايا ، الحديث (٣٣٦٢) ، والترمذى (٣/ ٥٩٥) كتاب البيوع : باب ما جاء فى العرايا ، الحديث (١٣٠٢) ، والنسائى (٧/ ٢٦٧) ، كتاب البيوع : باب بيع الكرم بالزبيب ، وباب بيع العرايا بخرصها تمراً ، وباب بيع العرايا بالرطب ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٢) كتاب التجارات : باب بيع العرايا بخرصها تمراً ، =

[تَعْلِيلُ ما اشترطَهُ الشَّافعيُّ في بَيْعِ الْعَرِيَّةِ]

وأما الشافعي فعمدته : حديث رافع بن خَدِيجٍ ، وسهل بن أبي حثمة : « **عَنِ النَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهى عَنِ الْمُزَابَنَة : التَّمر بالتَّمْرِ ، إلا أَصْحَابَ الْعَرَايَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أَذِنَ لَهُمْ فِيه** » [(١)] ، وقوله فيها : « **يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً** » ، ، والعريَّةُ عندهم هي اسم لما دون الخمسة أوسق من التَّمْرِ ؛ وذلك بأنه لما كان الْعُرْفُ عندهم أن يَهَبَ الرجلُ في الغالب من نَخْلاتِه هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرُّخْصَةُ باسم الهبة ؛ لموافقته في القدر للهبة ، ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد [(٢)] ؛ أنه قال لرجل من أَصْحَابِ رسول الله ﷺ إما زيد بن ثابت ، وإما غيره : ما عَرَايَاكُمْ هَذِهِ ؟ قال : فسمَّي [(٣)] رجالاً مُحْتَاجِينَ من الأنصار شكَوْا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي وليس بأيديهم نَقْدٌ يَبْتَاعُونَ به الرُّطَبَ ، فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضلٌ من قُوتِهِمْ من التمر. فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بِخَرْصِهَا من التمر الذي بأيديهم يأكلونه رُطَباً[(١٠٢٣)] ، وإنما لم يجز تأخير نقد التمر ؛ لأنه بيع الطعام بالطعام نَسِيئَةً .

[حُجَّةُ الإمامِ أَحْمَدَ في هذا الموضوع]

وأما أحمد فحجته : ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رَخَّصَ في العرايا ، ولم يخصص الْمُعْرِي من غيره .

= الحديث (٢٢٦٩) ، والدارمى (٢/١٦٨) ، والحميدى (٣٩٩) ، وابن الجارود (٦٥٨) ، والطبرانى فى «الصغير» (١/ ٢٢) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٢٩) ، والبيهقى (٥/ ٣١) عن زيد ابن ثابت.

(١) تقدم .

(٢) محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل الأنصارى الأشهلى أبو نعيم ، من أولاد الصحابة . لا يصح له سماع من النبى ﷺ عن عمر وعثمان . وعنه محمد بن إبراهيم التيمى والزهرى . وثقه ابن سعد . مات سنة ست وتسعين .

انظر : الخلاصة : ٣/ ١٥ (٦٨٨٧) ، والتقريب : ٢/ ٢٣٣ ، والثقات : ٣/ ٣٩٧ ، وطبقات ابن سعد ٢/ ٣٨٣ ، ٤/ ٣٦٤

(٣) فى الأصل : يسمى .

(١٠٢٣) ذكره الشافعى فى الأم (٣/ ٥٤) كتاب البيوع : باب بيع العرايا معلقاً ، ولم يوقف له على إسناد .

[حُجَّةُ أبي حنيفة]

وأما أبو حنيفة : فلما لم [١] تَجُزْ عنده المزابنةُ ، وكانت إن جعلت بيعاً نوعاً من الْمُزَابَنَة ، رأى أن انصرافها إلى [٢] المعري ليس هو من باب الْبَيْعِ ، وإنما هو من باب رجوع الْوَاهِبِ فيما وَهَبَ بإعطاء خَرْصِهَا تمراً ، أو تسميته إياها بيعاً عنده مجاز ، وقد التفتَ إلى هذا المعنى مَالكٌ في بعض الروايات عنه ، فلم يُجزْ بَيْعَهَا [بالدنانير ، والدراهم] [٣] بالدراهم ، ولا بشيء من الأشياء سِوَى الْخَرْصِ ، وإن كان المشهورُ عنه جوازَ ذلك ،، وقد قيل : إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تَغْلِيبِ القياس على الحديث، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع : منها أنه لم يسمها بيعاً ، وقد نَصَّ الشارع على تَسْمِيَتِهَا بَيْعاً ،، ومنها أنه جاء في الحديث ؛ أنه نهى عن الْمُزَابَنَة ، وَرَخَّصَ في الْعَرَايَا [٤] ، وعلى مذهبه لا تكون الْعَرِيَّةُ استثناءً من المزابنة ؛ لأن المزابنة هي في الْبَيْعِ ،، والعجب منه أنه سهل عليه أن يَسْتَثْنِيَهَا من النَّهْيِ عن الرجوع في الهبة التي لم يَقَعْ فيها الاستثناءُ بِنَصِّ الشَّرْعِ ، وعسر [٥] عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهي المزابنة ،، والله أعلم .

انتهى القول فى العرية ،، ولله الحمد .

* * *

---

(١) فى الأصل : فلم . (٢) فى الأصل : من . (٣) فى ط : بالدراهم .
(٤) تقدم . (٥) فى الأصل : وعز .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ ، وَآله ، وَصَحْبِهِ ، وَسَلَّمَ تَسْلِيماً

كِتَابُ الإِجَارَاتِ (١)

(١) ثبت أن الإجارة مثلثة الهمزة ، وأن لغة الكسر أفصح من لغتى الضم والفتح ، وهى مصدر سماعى بوزن فعالة من أجر الدار ، والعبد بالقصر من بابى نصر وضرب ، فيقال : أجر يأجر كنصر ينصر ، وأجر يأجر ، كضرب يضرب ، وهذه لغة بنى كعب ، ومصدرهما القياسى الأجر ، والإجارة أيضا اسم للأجرة ، وهى الكراء ، مأخوذة من الأجر ، وهو ما يستحق على عمل الخير ، ولهذا يدعى به فيقال : أجرك الله أجراً أى : أثابك ، وقد يطلق الأجر على الأجرة ، ويقال أيضاً : آجرت زيداً الدار إيجاراً ، فأنا مؤجر ، أى : أكريته إياها وآجرت زيداً مؤاجرة ، فأنا مؤاجر ، أى عاقدته على الإجارة ، ويقال : استأجرت الدار أى : أكريتها ، والعبد أى : اخذته أجيراً .

فأما الإجارة من السوء ونحوه ، فهى مأخوذة من أجار إجارة كإماءة وإعاذة وزنا ومعنى ، فهمزتها زائدة ، بخلاف الإجارة بالمعنى السابق فإن همزتها فاء الكلمة .

انظر الصحاح : ٥٧٢/٢ ، المصباح المنير : ١١/١ ، المغرب : ٢٠ ، المطلع : ص ٢٦٣

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية : بأنها عقد على المنافع بعوض .

وعرفها الشافعية : بأنها تمليك منفعة بعوض ، بشروط معلومة .

وعرفها المالكية : بأنها تمليك منفعة غير معلومة زمناً معلوماً ، بعوض معلوم .

وعرفها الحنابلة : بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة ، تؤخذ شيئا فشيئاً ، مدة معلومة من عين معلومة ، أو موصوفة فى الذمة ، أو عمل معلوم بعوض معلوم .

أنظر : فتح القدير : ٥٨/٩ ، المبسوط للسرخسى : ٧٤/١٥ ، مجمع الأنهر : ٣٦٨/٢ ، مغنى المحتاج : ٣٣٢/٢ ، الإقناع : ٧٠/٢ ، مواهب الجليل : ٣٨٩/٥ ، شرح الخرشى : ٢/٧ ، أسهل المدارج : ٣٢١/٢ ، كشاف القناع : ٥٤٦/٣ ، الإنصاف : ٣/٦

وثبت مشروعية الإجارة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع:

أما الكتاب :

فأولا : قوله تعالى حكاية عن شعيب ، وموسى عليهما الصلاة والسلام قال : ﴿ إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج ﴾ .

وثانيا : قوله تعالى حكاية عن ابنتى شعيب حين سقا لهما موسى الغنم : ﴿ قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين ﴾ فهذا صريح فى أن شعيبا عليه السلام قد أراد استئجار موسى على رعى غنمه ، ثمانى سنين ، أو عشراً نظير إنكاحه ابنته ، وأقره موسى على ذلك، فيدل على مشروعية الإجارة ، والإذن فيها فى شرعه ، وشرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد فى =

= شرعنا ما ينسخه ، على أنه قد ورد فى شرعنا ما يقرره .

فقد روى الإمام أحمد ، وابن ماجه عن عتبة بن الندر ، قال : كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ طس ، حتى بلغ قصة موسى فقال رسول الله ﷺ : « إن موسى أجر نفسه ثمانى سنين ، أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه » وفى إسناد هذا الحديث مسلمة بن على الخشنى ، وهو متروك ، فالحديث ضعيف ، لكن هذا لا يضيرنا فيما نحن بصدده من إثبات أصل مشروعية الإجارة .

وثالثاً : قوله تعالى حكاية عن الخضر وموسى عليهما السلام فى قصة الجدار ، قال : ﴿ لو شئت لاتخذت عليه أجراً ﴾ .

فقد ذكر موسى ذلك تحريضاً للخضر ، وحثاً له على أخذ الأجرة على فعله ؛ ليحصل لهما بذلك الانتعاش ، فهو سؤال من موسى للخضر لِمَ لَمْ تأخذ الأجر ؟ واعتراض منه على ترك الأخذ ،فيدل على جواز أخذ الأجرة فى نظير العمل ، وبالتالى يدل على مشروعية عقد الإجارة ، فإن الأخذ إنما يستحق بالعقد .

ورابعاً : قوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم ، فآتوهن أجورهن ﴾ .

فقد رتب الله تعالى وجوب الأجرة على الإرضاع ، فيدل على العقد ، ولو كان ذلك عن تبرع لما أوجب الله إيتاء الأجرة ، ومما يرشد إلى سبق العقد قوله تعالى : ﴿ فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾ .

فإن التعاسر إنما هو التضايق بالمشاحة فى الأجرة ، وذلك إنما يكون عند إرادة العقد .

وأما السنة :

فأولاً : ما رواه البخارى ، وأحمد من حديث الهجرة من رواية عائشة – رضى الله عنها – قالت : « واستأجر النبى ﷺ رجلاً من بنى الديل هاديا خريتا إلى أن قالت : فدفعا إليه راحلتيهما ، ووعداه غار ثور ، بعد ثلاث ليال ، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث ، فارتحلا » .

فقد فعل رسول الله ﷺ الإجارة ، كما هو ظاهر من الحديث ، وأدنى درجات الاستدلال بفعله عليه الصلاة والسلام ، الجواز والمشروعية .

وثانيا : رواه البخارى ، وأحمد عن أبى هريرة – رضى الله عنه – قال : قال رسول الله ﷺ : «يقول الله عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً وأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ، ولم يوفه أجره » .

فقد توعد الله سبحانه وتعالى من لم يعط الأجير أجره بعد استيفاء منه ، فيدل على صحة أخذ الأجرة فى نظير العمل ، وعلى مشروعية الإجارة .

وثالثا : أن رسول الله ﷺ قد بعث والناس يؤجرون ، ويستأجرون ، فلم ينكر عليهم ، فكان تقريراً منه عليه الصلاة والسلام ، والتقرير أحد وجوه السنة .

وأما الإجماع :

فقد نقل غير واحد من العلماء منهم ابن قدامة من الحنابلة ، وصاحب « البدائع » من الحنفية ، أن العلماء فى كل عصر ، وكل مصر أجمعوا على جواز الإجارة ، وقد استقر الإجماع على ذلك ، ولم يكن فى زمنه مخالف ، فكان حجة على مشروعيتها .

وقضى نظام الحياة أن يكون هناك تفاوت بين الطبقات ، وفروق بين جميع الهيئات مما هو مشاهد ملموس ، ولهذا كانت حاجة الناس بعضهم إلى بعض ماسة وشديد ، تبعاً لهذه الفروق الصارخة بين =

[أُصُولُ هَذَا الْكِتَابِ ، وَمَا تَنْحَصِرُ فيه]

والنظرُ في هذا الكتاب شبيهٌ بالنظر في البيوع ، أعني : أن أُصُولَهُ تنحصر بالنظر في أنواعها ، وفي شروط الصحة فيها والفساد ، وفي أحكامها ؛ وذلك في نَوْعٍ نَوْعٍ منها ، أعني : فيما يخص نوعاً نوعاً منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها .

[انقسامُ كِتَابِ الإِجَارَةِ إلى قِسْمَيْنِ]

فهذا الكتاب ينقسم أولاً إلى قسمين : **القسم الأول** : في أنواعها ، وشروط الصحة ، والفساد .

والثاني : في معرفة أحكام الإجارات ، ، وهذا كُلُّهُ بعد قيام الدليل على جوَازِهَا ، فلنذكر أولاً ما في ذلك من الخلاف ، ثم نَصِيرُ إلى ذكر [١] ما في ذَيْنِكَ القسمين من

= بنى الإنسان ، وتحقيقاً لرغبات الأفراد التى لا تقف عند حد ، ولا تدخل تحت حصر ، والإنسان ولو أوتى من المال ما أوتيه قارون ، ومن قوة الجسم ، ومنعته ما أوتيته عاد وثمود ، لا يستطيع أن يستقل بتحقيق رغباته ، وتحصيل حاجياته ، مع وعورة مسالك الحياة ، واشتباك طرقها .

ولقد كان من رحمة الله بخلقه ، وتوفيقه إياهم أن هداهم إلى الأسباب التى يتوصلون بها إلى قضاء حوائجهم من أسهل مكان ، وأقرب طريق ، بعد أن كان الإنسان فى مبدأ أمره يحيا حياة البساطة ، فلا يعرف استخدام النقود فى معاملاته ، بل يكتفى بالمبادلة ، يدفع ما هو فى غنى عنه إلى من يرغب فيه ، ويأخذ منه فى مقابلته ما هو فى حاجة إليه .

وظل يترقى الإنسان فى البحث عن طريقة تكون أوفى تبعاً لسنة التقدم والارتقاء ، فاهتدى بتوفيق الله له إلى المعادن فى جوف الأرض يستخرجها ، ثم يصكها ، ثم يجعلها رءوس أموال ، وقيماً للمتلفات ، ومقياساً عاما لجميع المقومات ، فكان من ذلك أن تعددت المعاملات التى منها البيع والإجارة ، والهبة ، والإعارة .

وكان من أهمها عقد الإجارة ، الذى نحن بصدد الكلام عليه ، لما أنه أكثرها تداولاً ؛ إذ كان قوام الطبقة الوسطى ، والفقيرة من الناس ، وهما الطبقتان القائمتان بأهم الأعمال الحيوية ، وهو فى الوقت نفسه بالنسبة للطبقة المليئة من خير الطرق لاستغلال أموالها ، وليس بين الناس إلا من هو مستأجر عدا الملاك الذين يزرعون فى أملاكهم بأنفسهم ، أو يسكنونها ، والشرد الذين لا مأوى لهم ، حتى إن الملاك لا تخلو حالهم - غالباً - من أنهم يؤجرون ويستأجرون .

ولهذا عنيت الشريعة الإسلامية بذلك العقد ، فبينت أسسه ، ووضحت مقاصده ، وأشبعه الفقهاء بحثاً وشرحاً .

وكلما تقدمت العلوم ، والفنون ، والتجارة بدرجة لا تسمح للملاك باستغلال أملاكهم بأنفسهم ، ولم يكن للطبقة الكثيرة ملك غير أيديها العاملة ، ولا مأوى إلا ما تستأجره من أملاك غيرها ، كان عقد الإجارة ضرورة من ضرورات الحياة .

(١) سقط فى الأصل .

المسائل المشهورة ؛ إذ كان قصدُنا إنما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الأشياء مُجْرَى الأمهات ، وهي التي اشتهر فيها الخلافُ بين فقهاء الأمصار .

[جوازُ الإجارة ، ودَليلُه]

فنقول : إن الإجارةَ جائزةٌ عند جميع فقهاء الأمصار ، والصدر الأول ،، وحُكِيَ عن الأصم ، وابن علية منعها ،، ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ **إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي** ... ﴾ [القصص :٦] الآية ، وقوله : ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ [الطلاق : ٦] ،، ومن السُّنة الثابتة ما خرجه البخاري عن عائشة قالت : « **اسْتَأجَرَ رَسُولُ الله ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلاً مِنَ بني الدِّيلِ هَادياً خرِّيتًا** [(١)] ، **وَهُوَ عَلَى دين كُفَّارِ قُرَيْش ، فَدَفَعَا إلَيْه رَاحِلَتَّيْهِمَا ، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْر بَعْدَ ثَلاث لَيَال بِرَاحِلَتَيْهِمَا**»[(١٠٢٤)] ، وحديث جابر : « **أَنَّهُ بَاعَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ بَعِيراً ، وَشَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ** » [(٢)] ،، وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر .

[شُبْهَةُ مَنْ مَنَعَ الإجَارَةَ]

وشبهة من منع ذلك : أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليمُ الثمن بتسليم العين ؛ كالحال في الأَعْيَانِ الْمَحْسُوسَة ، والمنافعُ في الإجارات في وقت العقد مَعْدُومَةٌ ، فكان ذلك غَرَراً ، ومن بيع ما لم يُخْلَقْ ،، ونحن نقول : إنها وإن كانت معدومة في حال العقد ، فهي مُسْتَوْفَاةٌ في الغالب ، والشرعُ إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي [(٣)] في الغالب ، أو يكون استيفاؤُهُ وَعَدَمُ استيفائِه على السواء .

الْقِسْمُ الأَوَّلُ : وهذا القسمُ النظر فيه في جنس الثمن ، وجنس المنفعة التي يكونُ الثمنُ مقابلاً له وصفتها .

---

(١) الخريت : الماهر بالهداية ، قال ابن سعد وقال الأصمعى : إنما سمى خريتا ؛ لأنه يهدى بمثل خرت الإبرة أى ثقبها ، وقال غيره : قيل له ذلك لأنه يهتدى لإخرات المفازة وهى طرقها الخفية.
ينظر : الفتح ٧/ ٢٨٠

(١٠٢٤) أخرجه البخارى (٧/ ٢٣٠ - ٢٣٢) كتاب مناقب الأنصار ، باب هجرة النبى ﷺ وأصاحبه إلى المدينة حديث (٣٩٠٥) ، والبيهقى (١١٨/٦) كتاب الإجارة : باب جواز الإجارة ، ولفظه من رواية الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : « واستأجر النبى ﷺ وأبو بكر رجلا من بنى الديل ، ثم من بنى عبد بن عدى هاديا خريتاً ، وهو الماهر بالهداية ، قد غمس يمين حلف فى آل العاصى بن وائل ، وهو على دين كفار قريش فأمناه ، فدفعا إليه راحلتيهما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتى براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا ، وانطلق معهما عامر بن فهيرة، والدليل الديلى ، فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل » .

(٢) تقدم .

(٣) فى الأصل : ما ليس يستوفى .

[الثَّمَنُ الَّذي تكُونُ به الإجَارَةُ]

فأما الثمنُ : فينبغي أن يكونَ مما يجوز بَيْعُهُ ، وَقد تقدم ذلك في كتاب [١] البيوع ،، وأما المنفعةُ : فينبغي أن تكون من جِنْسٍ ما لم يَنْهَ الشرعُ عنه ، وفي كُلٍّ هذه مسائلُ اتفقوا عليها ، واختلفوا فيها .

[مَا اتُّفِقَ على إبْطَال إجَارَته]

فمما اجمعوا [٢] على إبطال إجارَته : كُلٌّ منفعةَ كانت لَشَيء مُحَرَّمِ الْعَيْنِ ، كذلك كل منفعة كانت مُحَرَّمَةً بالشرع ، مثل : أجر النَّوَائِحِ ، وأجر الْمُغَنِّيَاتِ ، وكذلك كُلُّ منفعةٍ[٣] كانت فَرْضَ عَيْنٍ على الإنسان بالشرعِ ؛ مثل : الصلاة ، وغيرها .

[مَا اتَّفَقُوا عَلَى إجَارَته]

واتفقوا على إجارة الدُّورِ ، والدواب ، والناسَ علىَ الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب ، والْبُسُطِ .

[مَا اخْتَلَفُوا على إجَارَته]

واختلفوا في : إجارة الأَرَضِينَ ، وفي إجارة المِيَاه ، وَفي إجارة المؤذِّن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نَزْو الفحول [٤] .

[الْقَوْلُ في كِرَاء الأَرَضِينَ]

فأما كراءُ الأرضين : فاختلفوا فيها اختلافاً كثيراً : فَقوم لم يجيزوا ذلك ألبتة ؛ وَهُمُ الأَقَلُّ ، وبه قال طاوس ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ،، وقال الجمهور بجواز ذلك .

[مَا يَجُوزُ كِرَاءُ الأَرَضِينَ به]

واختلف هؤلاء فيما يجوز به كِرَاؤُهَا : فَقال قوم: لَا يجوز كِرَاؤُهَا إلا بِالدَّرَاهِمِ والدنانير فقط ؛ وهو مذهبُ ربيعة ، وسعيد بن المسيّب ،، وقال قوم : يجوز كِرَاءُ

---

(١) فى ط : باب .   (٢) فى ط : اجتمعوا .

(٣) المراد بالمنفعة ما يقابل الذات ، فلا يمكن أن يشار إليها إشارة حية استقلالاً ، وإنما يشار إليها كذلك تبعاً للذات المتعلقة بها .

وعقد الإجارة نسبة من النسب التى لا تتحقق إلا بين طرفين يسمى أحدهما مؤجراً أو آجراً ، والآخر مستأجراً وكل واحد منهما يبذل شيئاً خاصاً مما يملكه نازلاً عنه لمن يتعاقد معه ، وبذلك يملك كل منهما ما بذله الآخر ، ويسمى ما يبدله كل من الطرفين معقوداً عليه ، أو محل التعاقد ، وله فى عقد الإجارة اسم خاص يمتاز به عن محل التعاقد فى غيره من العقود ، فيسمى ما يبذله المؤجر منفعة ، وما يبذله المستأجر أجرة ، أو أجراً ، أو إجارة ، ولكل منهما أحكام خاصة ، وشروط تميزه عن الآخر .

(٤) فى الأصل : الفحل .

الأرض (١) بِكُلِّ شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها ، أو لم

---

(١) جاءت الشريعة الإسلامية بتوطيد أواصر المحبة ، وتدعيم روابط الألفة ، وقطع وشائج البغضاء، ودابر الخصومات ليعيش الناس فى بلهنية من العيش يحوطهم جو من الصفاء .

وكان الناس قبل بعثة النبى ﷺ يسلكون فى معاملاتهم طرقا لا تتصل بمبدأ الشريعة العادلة فى قليل من الصواب ولا كثير .

يؤيد ذلك ما حدثتنا به السنة المطهرة : أن أصحاب المزارع فى زمن رسول الله ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما على الماذيانات ، وأقبال الجداول ، وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ، ولم يكن للناس كراء إلا هذا ، فلذلك زجر عنه أ.هـ . وبهذا صار هذا النوع محرما ولا يجوز الإقدام عليه بحال .

وكان مفهوماً أن يبقى ما عدا هذه الصورة مباحاً للناس أن يتعاملوا به ، فيجوز مثلا أن تكرى الأرض الزراعية بالذهب والفضة ، وبما يقوم مقامها من كل معين أو مضمون طعاماً كان أو غيره تنبته الأرض ، أو لا تنبته ، ولكننا نلاحظ أن رواة السنة فى هذا المقام لم يتفقوا فى نقل ألفاظها عن رسول الله ﷺ ، يدلنا على ذلك أن بعض الرواة نقل عنه ﷺ ما يفيد أن كراء الأرض الزراعية ممنوع مطلقاً ، ولو كان بذهب أو فضة ، وبعضهم نقل عنه ما يفيد جواز كرائها بهما دون كرائها بالطعام ، أو بما تنبته ، وبعضهم روى ما يفيد جواز كرائها بكل معلوم مضمون طعاماً كان أو غيره .

ولهذا نرى الفقهاء قد اختلفوا فى حكم هذه المسألة تبعاً لاختلاف الروايات عن رسول ﷺ ، فمنهم من منعها فى أغلب الصور ، ومنهم من جوزها فى أغلب الصور .

ذهب قوم من المتقدمين كابن عمر ، وجابر بن عبد الله ، وأبى هريرة رضى الله عنهم ، والحسن البصرى ، وطاووس والأصم ، وجماعة من المتأخرين كابن حزم إلى عدم جواز كراء الأرض الصالحة للزرع بشئ أصلاً لا بذهب ولا بفضة ، ولا بعرض ولا بطعام مسمى .

ولا يحل عندهم فى الأرض إلا أن يزرعها مالكها بنفسه ، أو يعيرها لمن يزرعها على ألا يأخذ منه شيئا ، ثم إن اشتركا فى الآلة والبذر والأعوان دون أن يأخذ منه للأرض كراء فحسن ومعروف .

ويجوز عند هذا الفريق أن يدفع المالك أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه ، وأعوانه وآلته بجزء مما تخرجه الأرض قل أو كثر على أن يكون الباقى للعامل فى الأرض .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتى :

أولاً : ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من كانت له أرض فليزعها ، أو ليمنحها أخاه ، فإن أبى فليمسك أرضه » .

وثانيا : ما رواه مسلم من حديث سالم بن عبد الله بن عمر قال : لقى عبد الله بن عمر رافع بن خديج فسأله فقال له رافع : سمعت عمى وكانا قد شهد بدراً يحدثان أهل الدار أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض - فذكر الحديث وفيه أن ابن عمر ترك كراء الأرض . أ،هـ .

وثالثا : رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث على ما ذهب إليه المانعون : أنها مصرحة بعدم جواز كراء الأرض ؛ لورود النهى عن ذلك فى صريح لفظها ، والنهى حقيقة فى التحريم ، كما أنه يستفاد منها أنه ليس لصاحب الأرض إلا أن يزرعها بنفسه ، أو يمنحها لمن يزرعها دون أن يأخذ منه شيئاً أو يمسك أرضه . =

... ...

= ثم قال المانعون بالنسبة للصورة الجائزة عندهم ، إننا وجدنا فى السنة الصحيحة ما يدل على جواز إجارة الأرض ببعض ما يخرج منها ، فاستثنينا هذه الصورة من جملة ما صح النهى عنه من أن تكرى الأرض ، أو يؤخذ لها أجر أو حظ ، فقد روى البخارى فى صحيحه عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع .

ومما لا شك فيه أن الأرض كانت مملوكة لرسول الله والمسلمين بعد فتح خيبر . وروى البخارى عنه أيضاً أن رسول الله أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ، ولهم شطر ما يخرج منها أ.هـ .

فهذا الحديثان مخصصان لعموم النهى عن كراء الأرض بشئ أصلاً فوجب العمل بمقتضاهما لا سيما أن هذا كان آخر فعله عليه الصلاة والسلام بخيبر ، واستمر العمل به زمن أبى بكر ، وشطراً من إمارة عمر .

رابعاً : أن فى كراء الأرض غرراً وذريعة إلى أن يأخذ الإنسان أجرة أرضه دون أن يدفع فى مقابلتها شيئا ؛ وذلك أن الأرض قد تصيبها الأفات وتنزل بها الجوائح ، ثم يرد المستأجر الأرض إلى مالكها دون أن ينتفع بها فى نظير الأجرة التى بذلها .

وقد ناقش المجوزون هذه الأدلة فقالوا :

إن الأمر فى الحديث الأول وارد على سبيل الإرشاد وبيان ما هو خير لصاحب الأرض ، ويؤيد هذا الحمل ما رواه الإمام أحمد والبخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً » . أ.هـ .

فهذا يدلنا على أن النبى ﷺ لم يقصد بالحديث تحريم المؤاجرة ، فبطل تمسكهم بظاهره .

ثم أجابوا عن حديثى النهى عن كراء الأرض بحملهما على الوجه المفضى إلى المقرر ، ويدل لذلك ما رواه الشيخان عن رافع بن خديج رضى الله عنه قال : كنا أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الورق فلم ينهنا ، وما رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن أصحاب المزارع فى زمن النبى ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى وما سعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله ﷺ واختصموا فى بعض ذلك ، فنهاهم أن يكروا بذلك وقال أكروا بالذهب والفضة . قال فى الفتح رجاله ثقات . أ.هـ .

فهذا الحديثان يوضحان أن النهى المطلق عن كراء الأرض محمول على ما فيه مفسدة وظلم ، وهذا توفيق حسن ينبغى المصير إليه جمعا بين الأدلة ، وفراراً مما يترتب على منع الكراء من بقاء الأرض معطلة من الزرع فى حالة ما إذا لم ير د صاحبها أن يزرعها بنفسه ، ولم تطب نفسه أن يعيرها لمن يزرعها ، فكل إنسان شحيح بما يملك ، مع ما فى تعطيلها من ضياع المال المنهى عنه .

فإن قال المانعون : لا يلزم التعطيل ولا ضياع المال لأنّا لم نمنع الكراء مطلقاً بل جوزناه بجزء معلوم كالنصف .

قلنا : إن جواز هذا النوع وحده لا يسد حاجة الناس ، فإنه يحتاج إلى رقابة من المالك وأمانة من العامل ليصل المالك إلى حقه ، وليس كل الناس متيسراً له ذلك فالحاجة إلى الكراء بقدر معلوم من الدراهم ، أو الدنانير ، أو نحوهما لا تزال قائمة وفى منعه من الحرج ما لا يخفى .

ثم أجابوا عن الدليل الرابع من أدلة المانعين بأنه كلام خالٍ من التدقيق وعارٍ عن التحقيق ؛ لأنه لو =

... ...

= قدر كل إنسان ما سيصيبه فى عمله من ضرر أو تلف ما أقدم على عمل ما ، وبذلك تتعطل الأعمال الحيوية ويضطرب ميزان الحياة .

وذهب أكثر أهل العلم ومنهم الأئمة الأربعة إلى جواز كراء الأرض فى الجملة . واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتى :

أولا : ما رواه الإمام مالك رضى الله عنه فى الموطأ عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق ، فقال : أما الذهب والورق فلا بأس به .

ثانياً : ما رواه الإمام مالك رضى الله عنه عن ابن شهاب الزهرى أنه سأل سالم بن عبد الله بن عمر رضى الله عنه كراء المزارع فقال : لا بأس بها بالذهب والورق .

ثالثاً : ما رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائى عن رافع بن خديج قال إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات ، وأقبال الجداول ، وأشياء من الزرع ، فيهلك هذا ، ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ، ولم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه ، فأما شئ معلوم مضمون فلا بأس به.

فهذه الأحاديث وغيرها بمعناها كثير تدل على جواز كراء الأرض بالذهب والورق ، وبكل معلوم مضمون كالعرض ، وذلك لصلاحيتها أن تكون أثماناً فتصلح أن تكون أجرة .

رابعاً : إن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها ، وهى الزراعة مع بقاء عينها ، فجازت اجارتها بالأثمان ونحوها ، كالدار .

خامساً : إن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من المعاملة فربما لا يملك الإنسان الأرض ، وإن ملكها فربما لا يقدر على استغلالها بنفسه ، والسواد الأعظم من الناس عطل من الملك ، وأكثر ما يكونون أصحاب كفاية ، وأرباب خبرة بالزراعة ، فكان من لطف الله تعالى أن يشرع لهم معاملة تنفس كربتهم مصداق ذلك قوله تعالى : ﴿ نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ، ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ﴾ .

وقد ناقش المانعون هذه الأدلة ، فقالوا :

أما الحديث الأول فإهنه معلول بالإدراج ؛ لأن الجملة التى استدللتم بها فى الحديث وهى « أما بالذهب ، والورق ، فلا بأس به » إنما هى من كلام رافع بن خديج الراوى له ، والحجة فى كلام رسول الله ﷺ لا فى كلام أحد سواه .

وردت هذه المناقشة بأن الجملة الواردة فى الحديث من كلام الرسول ، وليست من كلام رافع فلا إدراج يؤيد ذلك ما رواه الؤمام أحمد عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن أصحاب المزارع فى زمن رسول الله ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى . . . الحديث المتقدم وفيه فنهاهم أن يكروا بذلك وقال أكروا بالذهب والفضة .

فورود هذه الجملة على هذا النحو فى حديث سعد دليل على رفع الجملة التى تدعون إدراجها . قالوا:

وأما الحديث الثانى ، فالظاهر أن سالماً لما سئل أجاب من نفسه ، والحجة فى كلام الرسول لا فى كلام أحد غيره ، ثم هو على فرض رفعه معارض بما روى عن كثير من الصحابة من منع كراء الأرض . =

يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاماً، أو غيره ، وإلى هذا ذهب مالك ، وأكثر أصحابه ،، وقال آخرون : يجوزُ كِرَاءُ الأرض بما عدا الطعام فقط ،، وقال آخرون : يجوز

وأجيب عن ذلك بأن الذى ورد عن سالم تعضده الروايات الثانية عن رسول الله ﷺ كما أسلفنا ، فقد ورد فيها عن رسول الله ﷺ جواز كرائها بالذهب والفضة ، وغاية ما يقال على فرض أن الجواب من عنده : إنه وافق به المرفوع فيكون مقوياً لدليل الجواز ، وأما ما روى عن بعض الصحابة من المنع: فمحمول على ما فيه مفسدة وغرر كما تقدم . قالوا :

وأما الحديث الثالث : فيناقش بمثل ما نوقش الحديث الأول .

وقد أجيب عن ذلك بمثل ما أجيب به عن مناقشة الحديث الأول ، على أن صدر الحديث الذى معنا يناوى بأنه من كلام الرسول ﷺ لا من كلام رافع ؛ لأنه إنما نهى عن الوجه المفضى إلى الجهالة والغرر ؛ وذلك موجود فيمات لم يكن معلوما ، ولا مضموناً فأما ما كان معلوماً مضموناً : فيجوز الكراء به ، ثم هو على فرض أنه من كلام الراوى ، فهو أعلم بمعنى ما رواه من غيره ، وليس من المعقول أن يتعدى واحد من الصحابة على مقام الرسول ﷺ بزيادة يخلطها بكلامه ولا يميزها ، على أن التصريح بجواز الكراء بالذهب والفضة فيما سبق من الأحاديث يرشد إلى هذا .

وهذه أدلة المانعين والمجوزين وما دار حولها من مناقشات ، والناظر إليها من جهة إسنادها ورفعها يتبين له أنها صحيحة لا مطعن فيها ، وإذا فالذى ينبغى المصير إليه ، هو فهم مجموعها والتوفيق بينها، ولعلنا نجد فى أدلة المجوزين ما يرشد إلى موطن النهى فى أدلة المانعين ، ونحن إذا سلم لنا أن الأحاديث المذكورة تشير إلى أن الناس كانوا يكرون بما على الماذيانات ، وأقبال الجداول ، ونحو ذلك مما يأتى الغبن آخر العام على المستأجر ، أو المؤجر علمنا حكمة النهى عن الكراء فيؤخذ منه أن الكراء إذا خلا عما ذكر ، كان جائزاً ولا غضاضة فيه .

وبهذا يعلم رجحان ما ذهب إليه المجوزون فى هذا المسألة وهو ما نختاره فى ها المقام .

وأما كراء الأرض بقدر معلوم من جنس ما تنبته سوى الطعام ، فقد اختلف الفقهاء فى كراء الأرض بقدر معلوم من جنس ما تنبته سوى الطعام كالقطن والكتان .

فمنعه المالكية فى المشهور إن اكتريت الأرض للزراعة ، وأمكن كراؤها بغير ما يخرج منها ، ولم يكن مما يطول مكثه فيها ؛ كالخشب والعود الهندى ولم يكن مما ينبت بنفسه كالحشيش والحلفاء .

وأجازه الجمهور ما لم يشترط فى الأجرة أن تكون من عين ما تنبته الأرض المكتراه ، ووافقهم على ذلك من المالكية من تقدم ذكرهم وهم : الأصيلى ، والدارودى ، يحيى بن يحيى .

وقد اختلف الفقهاء فى كراء الأرض بجزء مما تنبته معلوم النسبة ، كالربع والخمس على أن يكون البذر والبقر والآلات من العامل .

فذهب جمهور المالكية وجمهور الشافعية ، وجمهور الحنابلة ، وأبو حنيفة ، وزفر إلى منعه .

وذهب محمد وأبو يوسف صاحبا أبى حنيفة وابن المنذر والنووى من الشافعية ، وابن تيمية ، وابن القيم من الحنابلة ، والأصيلى ، والداودى ، ويحيى بن يحيى من المالكية ، وابن حزم الظاهرى إلى جوازه . واستدلال كل منهم مبسوط فى كتب الفقه .

كِرَاءُ الأرض بكل الْعُرُوضِ ، والطعام ، وغير ذلك ما لم يكن بجزء [(١)] مما يَخْرُجُ منها من الطعام ، وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله ، وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعيِّ ، وظاهر قول مالك في « الموطأ » ، ، وقال قوم : يجوز كِرَاؤُهَا بِكُلِّ شيء ، وبجزء مما يخرج منها ؛ وبه قال أحمد ، والثوري ، والليث ، وأبو يوسف ، ومحمد صاحبا أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، وجماعة .

[دَلِيلُ من لم يُجِزْ كِرَاءَ الأَرَضِينَ مِنَ الشَّرْعِ]

وعمدة من لم يجز كراءها بحال : ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خَدِيجٍ : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمزَارِعِ** » [(١٠٢٥)] ، ، قالوا : وهذا عَامٌّ ، ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما رواه مالك من تخصيصِ الراوي له حين روي عنه ، قال حنظلة : فسألتُ رافِعَ بْنَ خَدِيجٍ عن كِرَائِهَا بالذهب ، والْوَرِقِ - فقال : لا بأس به ، ، وروي هذا عن رافع ، وابن عمر ، وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر [(٢)] قبلُ يكرِي أَرْضَهُ فترك ذلك ، وهذا بناء على رأي من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوي ، وروي عن رافع بن خديج عن أبيه أنه [(٣)] قال : « **نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عَنْ إجَارَةِ الأَرَضِينَ** [(٤)] » [(١٠٢٦)] ، ، قال أبو

---

(١) فى الأصل : جزء .

(١٠٢٥) أخرجه مالك الموطأ (٢/ ٧١١) كتاب كراء الأرض : باب ما جاء فى كراء الأرض ، حديث (١) عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج به . قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج ، بالذهب والورق ؟ فقال : أما بالذهب والورق : فلا بأس به ، ومن طريق مالك أخرجه أحمد (٤/ ١٤٠) ، ومسلم (٣/ ١١٨٣) كتاب البيوع : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، حديث (١١٥/ ١٥٤٧) ، وأبو داود (٣/ ٦٨٦) كتاب البيوع والإجارات : باب فى المزارعة ، حديث (٣٣٩٣) ، والنسائى (٧/ ٤٣ - ٤٤) كتاب المزارعة : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض ، والدارقطنى (٣/ ٣٦) كتاب البيوع ، حديث (١٤٦) ، والبيهقى (٦/ ١٣١) كتاب المزارعة : باب بيان المنهى عنه وأنه مقصور على كراء الأرض ببعض ما يخرج منها دون غيره ، وأخرجه أحمد (٤/ ١٤٢) ، والبخارى (٥/ ٢٥) كتاب الحرث والمزارعة : باب كراء الأرض بالذهب والفضة ، حديث (٢٣٤٦ ، ٢٣٤٧) ، ومسلم (٣/ ١١٨٣) كتاب البيوع : باب كراء الأرض بالذهب والورق ، حديث (١١٦/ ١٥٤٧) ، وابن ماجه (٢/ ٨٢١) كتاب الرهون : باب الرخصة فى كراء الأرض (٢٤٥٨) من طرق أخرى عن ربيعة به .

(٢) سقط فى الأصل . (٣) سقط فى ط . (٤) فى الأصل : الأرض .

(١٠٢٦) رواية رافع بن خديج لهذا الحديث عن أبيه وهم ، نبه عليه الحافظ فى الإصابة (١/ ٤٢٠) فذكر خديج بن رافع بن عدى الأنصارى والد رافع ، وقال : ذكره البغوى ومن تبعه فى الصحابة وأوردوا له حديثاً فيه ، وهم -- وذكر الحديث وبين الوهم فيه ثم قال : ووقع فى الأطراف لابن عساكر مسند خديج بن رافع والد رافع على ما قيل حدث : « أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض »، رواه النسائى (٧/ ٣٤ ، ٣٥) فى المزارعة عن على بن حجر عن عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم =

عمر بن عبد البر : واحتجوا أيضاً بحديث ضمرة [(١)] ، عن ابن شوذب [(٢)] ، عن مطرّف، عن عطاء ، عن جابر قال : « **خَطَبَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ فَقَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، أَوْ لِيُزْرِعْهَا ، وَلا يُؤَاجِرْهَا** » [(١٠٢٧)] ، ، فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض .

[دَلِيلُهُمْ من جهَة المعنى]

وقالوا أيضاً من جهة المعنى : إنه لم يجز كراؤها ؛ لما في ذلك من الْغَرَر ؛ لأنه [يمكن] أن يصيبَ الزرعَ جَائِحَةٌ من نار ، أو قحط ، أو غرق، فيكون قد لَزِمَهُ كِرَاؤُهَا من غير أن ينتفعَ من ذلك بشيء ، ، قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا : إن المعنى في ذلك قَصْدُ الرِّفْقِ بالناس ؛ لكثرة وجود الأرض ، كما نهى عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الْخلْقَة .

[عُمْدَةُ من لم يُجزْ كِرَاءَ الأَرَضينَ إلا بالدراهم والدنانير]

وأما عمدة من لم يجز كِرَاءَهَا إلا بالدراهم والدنانير : فحديث طارق بن عبد الرحمن ، عن سعيد بن المسيب ، عن رافع بن خديج ، عن النبي ﷺ أنه قال : « **إِنَّما يَزْرَعُ ثَلاثَةٌ : رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا ، وَرَجُلٌ مُنِحَ أَرْضاً فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ ، وَرَجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ** » [(٣)] ، قالوا: فلا يجوزُ أن يتعدى ما في هذا الحديث ، والأحاديث الأُخر

= الجزرى عن مجاهد قال : أخذت بيد طاووس حتى أدخلته على رافع بن خديج فحدثه عن أبيه فذكره قال : كذا قال عبد الكريم والصواب ، فأدخلته على بن رافع كذا حدث به عمرو بن دينار عن طاووس ومجاهد ، قال المزى : الذى فى الأصول الصحيحة من النسائى فأدهلته على بن رافع فلعل ابن سقط عن نسخة ابن عساكر .

(١) فى الأصل : ضمرة بن ربيعة . (٢) فى الأصل : أبى سودب .

(١٠٢٧) أخرجه النسائى (٧/٣٧) ، وأخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/١٠٧) كتاب المزارعة والمساقاة من طريق ضمرة به ، وأخرجه أحمد (٣/٣٠٢ ، ٣٠٤ ، ٣١٢ ، ٣٥٤ ، ٣٩٢) ، والبخارى (٥/ ٢٢) كتاب الحرث والمزارعة : باب ما كان فى أصحاب النبى ﷺ يواسى بعضهم بعضاً حديث (٢٣٤٠) ، ومسلم (٣/١١٧٦ - ١١٧٨) كتاب البيوع : باب كراء الأرض ، حديث (٨٨ ، ٨٩، ٩١ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٨ - ١٥٣٦) ، والنسائى (٧/ ٣٦ - ٣٨) كتاب المزارعة : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض بالثلث ، وابن ماجه (٢/ ٨١٩ - ٨٢٠) كتاب الرهون : باب المزارعة بالثلث والربع ، حديث (٣٤٥١) وباب كراء الأرض (٢/ ٨٢٠) حديث (٢٤٥٤) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/١٠٧ - ١٠٨) كتاب المزارعة والمساقاة ، والبيهقى (٦/١٢٨) كتاب المزارعة : باب ما جاء فى النهى عن كراء الأرض ، من طرق عن جابر أيضاً .

(٣) تقدم .

مطلقة [١] ، وهذا مقيد ، ومن الواجب حملُ المطلَقِ على المقيَّدِ .

[عمدةُ من أَجَازَ كِرَاءَهَا بما عدا الطعام]

وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان الطعام مُدَّخَراً ، أو لم يكن: حديث يعلي بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج - قال : « **قَالَ رَسُولُ الله ﷺ مَنْ كَانَتْ [٢] لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، أَو لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ ، وَلا يُكْرِهَا بِثُلُث ، وَلا رُبُعٍ، وَلا طَعَامٍ [معين] [٣]** » (١٠٢٨)

قالوا : وهذا هو معنى الْمُحَاقَلَةِ التي نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عنها [٤] ، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعاً ، وفيه : « وَالْمُحَاقَلَةُ استكراءُ الأرضِ بِالْحِنْطَةِ » (١٠٢٩) ، قالوا: وأيضاً فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نَسِيئَةً .

[دليلُ مَنْ لَمْ يُجزْ كِرَاءَ الأرض بالطعام ، ولا بِشَيْءٍ مما يَخْرُجُ منها]

وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ، ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعامُ فحجته حجة من لم يُجزْ كِرَاءَهَا بالطعام ،، وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن الْمُخَابَرَةِ [٥] ، قالوا : وهي كراءُ الأرض بما يخرج منها ، وهذا قول مالك، وكل أصحابه .

[دليلُ من أَجَازَ كِرَاءَ الأرض على أَيَّة حَال]

وعمدةُ من أجاز كراءها بجميع الْعُرُوضِ ، والطعامِ ، وغير ذلكٍ مما يخرج منها : أنه

---

(١) فى ط : مطبقة . (٢) فى ط : كان . (٣) فى الأصل : مسمى .

(١٠٢٨) أخرجه مسلم (٧/ ١١٨١) كتاب البيوع : باب كراء الأرض بالطعام ، حديث (١١٣/ ٥٤٨) ، وأبو داود (٣/ ٦٨٩) كتاب البيوع والإجارات : باب فى التشديد فى ذلك ، حديث (٣٣٩٥) والنسائى (٧/ ٤١ - ٤٢) كتاب المزارعة : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض بالثلث ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٣) كتاب الرهون : باب استكراء الأرض بالطعام ، حديث (٢٤٦٥) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٠٦) كتاب المزارعة والمساقاة ، والبيهقى (٦/ ١٣١) كتاب المزارعة : باب بيان المنهى عنه ، وأنه مقصور على كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، من طرق عن يعلى به .

(٤) تقدم .

(١٠٢٩) أخرجه مالك (٢/ ٦٢٥) كتاب البيوع : باب ما جاء فى المزابنة والمحاقلة ، حديث (٢٥) عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر ، والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة ، واستكراء الأرض بالحنطة .

(٥) تقدم .

كراءُ منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياساً على إجارَةِ سَائِرِ المنافع ، وكأن هؤلاء ضَعَّفُوا حدِّيث [(١)] رافع ، ، روي عن سالم بن عبد الله ، وغيره في حديث رافع ؛ أنهم قالوا : اكْتَرَى رَافِعٌ ، ، قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال : « **كُنَّا أَكْثَرَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ حَقْلاً ، قَالَ : وَكَانَ أَحَدُنَا يُكْرِي أَرْضَهُ ، وَيَقُولُ : هَذِه الْقِطْعَةُ لِي وَهَذِه لَكَ ، وَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِه وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِه ، فَنَهَاهُمُ النَّبِيُّ ﷺ** » [(٢)] ، ، خرجه البخاري .

[دليلُ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَهَا بما يَخْرُجُ مِنْهَا]

وأما من لم يجز كِراءَهَا بما يخرج منها فعمدته : النظر ، والأثر : أما الأثر : فما ورد من النهي عن المخابرة [(٣)] ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع - قال : «**نَهَانَا رَسُولُ الله عَنْ أَمْرٍ كَانَ رِفْقاً بنَا ، فَقُلْتُ : مَا قَالَ رَسُولُ الله ﷺ فَهُوَ حَق ، قَالَ : دَعَانِي رَسُولُ الله ﷺ فَقَالَ : مَا تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ ؟ قلت : نُؤَاجِرُهَا عَلَى الربُعِ ، وَعَلَى الأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ ، وَالشَّعِير ، فَقَالَ رَسُولُ اللهَ ﷺ : لا تَفْعَلُوا ، ازْرَعُوهَا ، أَوْ زَارِعُوهَا ، أَوْ أَمْسِكُوهَا**»[(١٠٣٠)] وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان : البخاري ، ومسلم.

[دليلُ مَنْ أَجَازَ كِرَاءَ الأَرْضِ بما يَخْرُجُ مِنْهَا]

وأما من أجاز كِرَاءَهَا بما يَخْرُجُ مِنْهَا فعمدته : حديث ابن عمر الثابت : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ دَفَعَ إِلَى يَهُود خَيْبَر نَخْلَ خَيْبَرَ ، وَأَرْضَهَا عَلَى أَنْ يَعْمَلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الأَرْضُ وَالثَّمَرَة** » [(١٠٣١)] ، ، قالوا : هذا الحديث أَوْلَى من أحاديث رافع ؛ لأنها

---

(١) في ط : أحاديث . (٢) تقدم . (٣) تقدم .

(١٠٣٠) أخرجه البخارى (٥/ ٢٢) كتاب الحرث والمزارعة : باب ما كان أصحاب النبى ﷺ يواسى بعضهم بعضاً فى المزارعة والثمر ، حديث (٢٣٣٩) ، ومسلم (٣/ ١١٨٢) كتاب البيوع : باب كراء الأرض بالطعام ، حديث (١١٤/١٥٤٨) ، والنسائى (٧/ ٤٩) كتاب المزارعة : باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض ، وابن ماجه (٢/ ٨٢١) كتاب الرهون : باب ما يكره من المزارعة، حديث (٢٤٥٩) ، وأحمد (٤/ ١٤٣) .

-(١٠٣١) أخرجه أحمد (١٧/٢ ، ٢٢ ، ٣٠ ، ٣٧ ، ١٤٩ ، ١٥٧) ، والبخارى (٥/ ١٠) كتاب الحرث والمزارعة : باب المزارعة بالشطر ، حديث (٢٣٢٩) ، وفى (٥/ ١٥) باب المزارعة مع اليهود ، حديث (٢٣٣١) ، وأبو داود (٣/ ٦٩٧) كتاب البيوع والإجارات : باب فى المساقاة ، حديث (٣٤٠٩)، والترمذى (٣/ ٦٦٦ - ٦٦٧) كتاب الأحكام : باب ما ذكر فى المزارعة ، حديث (١٣٨٣)، والنسائى (٧/ ٥٣) كتاب المزارعة : باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة فى المزارعة ، وابن ماجه،(٢/ ٨٢٤) =

مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الْحَظْرِ، بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال : « **إنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا ، وَلَكِنْ قَالَ: إِنْ يَمْنَحْ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ يَكُنْ خَيْراً لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً**»(١٠٣٢ أ) قالوا : وقد قدم معاذ بن جبل « اليمن » حين بَعَثَهُ رسولُ الله ﷺ وهم يُخَابِرُونَ فَأَقَرَّهُمْ (١٠٣٢ ب) .

[الْقَوْلُ فِي الإِجَارَةِ عَلَى الأَذَانِ]

وأما إجارة المؤذن : فإن قوماً لم يروا في ذلك بأساً ، وقوماً كَرِهُوا ذلك ،، والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روي عن عثمان بن أبي العاص - قال : « **قَالَ رَسُولُ الله ﷺ** : « **اتَّخِذْ مُؤَذِّناً لا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانه أَجْراً** » (١٠٣٣) ،، والذين أباحوه قَاسُوهُ على الأفعال غيرِ الواجبة ، وهذا هو سَبَبُ الاختلاف ، أعني : هل هو واجب ، أم ليس بواجب ؟

= كتاب الرهون : باب معاملة النخيل والكرم ، حديث (٢٤٦٧) ، وابن الجارود (٦٢١) ، والدارمى (٢/ ١٨٣) ، وأحمد (٢/ ١٧ ، ٢٢ ، ٣٧) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١١٢) ، والبيهقى (٦/ ١١٣) من طريق نافع عن ابن عمر به .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وجماعة بألفاظ متعددة .

(١٠٣٢ أ) أخرجه البخارى (٥/ ١٤) كتاب الحرث والمزارعة : باب (١٠) حديث (٢٣٣٠) ، ومسلم (٣/ ١١٨٤) كتاب البيوع : باب الأرض تمنح ، وحديث (١٢١/ ١٥٥٠) ، وأحمد (١/ ٢٣٤ ، ٢٨١ ، ٣١٣) ، وأبو داود (٣/ ٦٨٢) كتاب البيوع والإجارات : باب المزارعة ، حديث (٣٣٨٩) ، والترمذى (٣/ ٦٦٨) كتاب الأحكام : باب المزارعة ، حديث (١٣٨٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٣) كتاب الرهون : باب الرخصة فى المزارعة بالثلث والربع ، حديث (٢٤٦٢) والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١١٠) كتاب المزارعة والمساقاة ، والبيهقى (٦/ ١٣٤) كتاب المزارعة : باب من أباح المزارعة بجزء معلوم ، من طريق عمرو بن دينار قال: ذكرته لطاووس ، فقال : يزرع ، قال ابن عباس : إن النبى ﷺ لم ينه عنه . وذكره ، وقال فى آخره « شيئا معلوماً » .

(١٠٣٢ب) أخرجه الطحاوى فى معانى الآثار (٤/ ١١٤) كتاب المزارعة والمساقاة : حدثنا أبو بكرة ثنا إبراهيم بن بشار ثنا سفيان عن عمرو بن دينار عن طاووس « أن معاذاً قدم إلى اليمن ، وهم يخابرون فأقرهم على ذلك » ، وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٣) كتاب الرهون : باب الرخصة فى المزارعة بالثلث والربع ، حديث (٢٤٦٣) من طريق مجاهد عن طاووس « أن معاذاً أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ ، وأبى بكر ، وعمر وعثمان على الثلث والربع » فهو يعمل به إلى يومك هذا .

وقال الحافظ البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٢٦٤) : هذا إسناد صحيح رجاله ثقات . أ.هـ .

تنبيه : وقع فى نسخة الزوائد مجالد وهو خطأ صوابه مجاهد .

(١٠٣٣) أخرجه أحمد (٤/ ٢١ ، ٢١٧) ، وأبو داود (١/ ٣٦٣) كتاب الصلاة : باب أخذ الأجر على =

[الاسْتِئْجَارُ على تَعْلِيمِ القرآن ، ودليل من أجازه]

وأما الاستئجار على تعليم القرآن : فقد اختلفوا فيه أيضاً ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون ، ، والذين أجازوه (١) قاسوه على سَائِرِ الأفعال ، واحتجوا بما روي عن خارجة ابن الصامت عن عمه قال : « **أَقْبَلْنَا منْ عنْدَ رَسُول الله ﷺ ، فَأَتَيْنَا عَلَى حَيٍّ منْ أَحْيَاء الْعَرَب، فَقَالُوا : إنَّكُمْ جِئْتُمْ منْ عنْد هذَا الرَّجُلِ** (٢) **فَهَلْ عنْدَكُمْ دوَاءٌ أَوْ رُقْيَةٌ ، فَإِنَّ عنْدَنَا مَعْتُوهاً في الْقُيُود ؟ فَقُلْنَا لَهُمْ : نعَمْ ، فَجَاءُوا به ، فَجعَلْتُ أَقْرَأُ عَلَيْه بفَاتحَة الْكتَاب ثَلَاثَة أَيَّام غُدْوَةً وَعَشيَّةً ، أَجْمَعُ [بريقي] ثُمَّ أَتْفُلُ عَلَيْه ، فَكَأَنَّمَا أُنْشطَ منْ عقَال ، فَأَعْطُوني جُعْلاً ، فَقُلْتُ: لا ، حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ الله ﷺ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ : كُلْ ، فَلَعَمْري لَمَنْ أَكَلَ برُقْيَة بَاطلاً فَلَقَدْ أَكَلْتَ برُقْيَة حَقا** » (١٠٣٤) ، وبما روي عن أبي سعيد الخدري : «**أَنَّ أَصْحَابَ رَسُول الله ﷺ كَانُوا في غَزَاة ، فَمَرُّوا بحَيٍّ منْ أَحْيَاء الْعَرَب ، فَقَالُوا : هَلْ عنْدَكُمْ منْ رَاق ؟ فَإنَّ سَيِّدَ الْحَيِّ قَدْ لُدغَ ، أَوْ قَدْ عُرضَ لَهُ ، قَالَ : فَرَقَى رَجُلٌ بفَاتحَة الْكتَاب فَبَرَأَ ، فَأَعْطَى قَطيعاً منَ الْغَنَم ، فَأَبَى أَنْ [يَقْبَلَهَا] ، فَسَأَلَ عَن ذلك رسول الله ﷺ فقال: بمَ رَقَيْتَهُ ؟ قَالَ : بفَاتحَة الْكتَاب، [فقَالَ] : وَمَا يُدْريكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ - قَالَ : ثُمَّ قَالَ رَسُولُ الله ﷺ : خُذُوهَا ، وَاضْرِبُوا لي مَعَكُمْ**

= التأذين ، حديث (٥٣١) ، والنسائى (٢/٢٣) كتاب الأذان : باب اتخاذ المؤذن الذى لا يأخذ على أذانه أجراً ، والحاكم فى المستدرك (١/١٩٩) كتاب الصلاة : باب الأمر باتخاذ المؤذن الذى لا يأخذ على أذانه أجراً ، والبيهقى (١/٤٢٩) كتاب الصلاة : باب التطوع بالأذان ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٢/ ٢٧٠) كلهم من طريق سعيد الجريرى عن أبى العلاء عن مطرف عن عثمان بن أبى العاص قال : « قلت يا رسول الله اجعلنى إمام قومى . قال : أنت إمامهم فاقتد بأضعفهم ، واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبى ، والترمذى (١/٤٠٩ - ٤١٠) كتاب الصلاة : باب ما جاء فى كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجراً، حديث (٢٠٩) ، وابن ماجه (١/٢٣٦) كتاب الأذان والسنة فيها : باب السنة فى الأذان ، حديث (٧١٤) من طريق اشعث عن الحسن عن عثمان بن أبى العاص قال : « إن من آخر ما عهد إلى رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(١) فى ط : أباحوه . (٢) فى الأصل : الخبر .

(١٠٣٤) أخرجه أبو داود الطيالسى ص (١٩٤) الحديث (١٣٦٢) ، وأحمد (٥/٢١١) ، وأبو داود (٣/٧٠٦) كتاب البيوع والإجارات : باب فى كسب الأطباء ، حديث (٣٤٢٠) ، والنسائى فى الكبرى (٦/٢٥٥ - ٢٥٦) ، والطحاوى فى معانى الآثار (٤/١٢٦) كتاب الإجارات : باب الإستئجار على تعليم القرآن . ولفظ أبى داود فى الطب (٣٨٩٦) عن خارجة بن الصلت التيمى عن عمه : « أنه أتى النبى ﷺ فأسلم ، ثم أقبل راجعاً من عنده ، فمر على قوم عندهم رجل مجنون موثق بالحديد ، فقال أهله: إنا حدثنا أن صاحبكم هذا قد جاء بخير ، فهل عندكم شئ تداوونه ؟ فرقيته بفاتحة الكتاب ، فبرأ فأعطونى مائة شاة فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته ،فقال إلا هذا . قلت : لا قال : خذها ، فلعمرى لمن آكل برقية باطل ، لقد أكلت برقية حق » .

فِيهَا بِسَهْمٍ » (١٠٣٥) .

[الَّذِينَ كَرِهُوا الْجُعْلَ على تعليم القرآن]

وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن: فقالوا : هو من باب الْجُعْلِ على تعليم الصلاة ، قالوا : ولم يكن الجعلُ المذكورُ في الإجارةَ على تَعْلِيمِ القرآن ، وإنما كان على الرُّقَي ، سواء كان الرقي بالقرآن ، أو غيره ، فالاستئجار عليه عندنا جائز؛ كالعلاجات، قالوا : ليس واجباً على الناس ، وأما تعليم القرآن فهوَ وَاجِبٌ على الناس.

[مَنْ أَجَازَ كِرَاءَ الْفَحْلِ لِلنَّزْوِ]

وأما إجازة الفحول من الإبل ، والبقر ، والدواب: فأجاز مالك أن يُكْرِيَ الرجل فَحْلَهُ على أن ينزو كراماً معلومة .

[مَنْ لَمْ يُجِزْ ذلك ، وَدَلِيلُهُ]

ولم يجز ذلك أبو حنيفة ، ولا الشافعي ،، وحجة من لم يجز ذلك : ما جاء من النهي عن عَسِيبِ الْفَحْلِ (١٠٣٦) .

(١٠٣٥) أخرجه أحمد (٣/ ١٠٠٤٤) ، والبخارى (٤/ ٤٥٣) كتاب الإجارة : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، حديث (٢٢٧٦) ، ومسلم (٤/ ١٧٢٧) كتاب السلام : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، حديث (٦٥/ ٢٢٠١) ، وأبو داود (٤/ ٢٢٢) كتاب الطب : باب كيف الرقى ، حديث (٣٩٠٠) ، والترمذى (٤/ ٣٩٩) كتاب الطب : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويذ ، حديث (٢٠٦٤) ، وابن ماجه (٢/ ٧٢٩) كتاب التجارات : باب أجر الراقى، حديث (٢١٥٦) ، والنسائى فى الكبرى (٦/ ٢٥٤) .

(١٠٣٦) أخرجه أحمد (٢/ ١٤) ، والبخارى (٤/ ٤٦١) كتاب الإجارة : باب عسب الفحل ، حديث (٢٢٨٤) ، وأبو داود (٣/ ٧١١ - ٧١٢) كتاب البيوع والإجارات : باب فى عسب الفحل ، حديث (٣٤٢٩) ، والترمذى (٣/ ٥٧٢) كتاب البيوع : باب ما جاء فى كراهية عسب الفحل ، حديث (١٢٧٣) ، والنسائى (٧/ ٣١٠) كتاب البيوع : باب ضراب الجمل ، والحاكم (٢/ ٤٢) كتاب البيوع : باب النهى عن عسب الفحل ، وابن الجارود (٥٨٢) ، والبيهقى (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع : باب النهى عن عسب الفحل من حديث ابن عمر « أن النبى ﷺ نهى عن عسب الفحل » . وقال الترمذى : حسن صحيح.

وفى الباب عن جماعة من الصحابة وهم : أبو هريرة ، وأنس بن مالك ، وعلى بن أبى طالب ، والبراء ابن عازب ، وأبو سعيد الخدرى .

حديث أبى هريرة :

أخرجه النسائى (٧/ ٣١١) كتاب البيوع : باب ضراب الجمل ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٠) كتاب التجارات : باب النهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، وحلوان الكاهن ، وعسب الفحل ،حديث =

... ...

= (٢١٦٠) ، والدارمى (٢/ ٢٧٢) كتاب البيوع : باب فى النهى عن عسب الفحل ، من طريق محمد ابن فضيل عن الأعمش عن أبى حازم عن أبى هريرة قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، وعسب الفحل » .

وأخرجه أحمد (٢/ ٥٠٠) ، وأبو يعلى (١١/ ٢٥٧) رقم (٦٣٧١) من طريق عطاء عن أبى هريرة قال: « نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل » .

وأخرجه أحمد (٢/ ٢٩٩) ، والنسائى (٧/ ٣١١) كتاب البيوع : باب ضراب الجمل ، من طريق محمد ابن جعفر عن شعبة عن المغيرة قال : سمعت ابن أبى نعيم قال : سمعت أبا هريرة يقول : «نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام وعن ثمن الكلب ، وعن عسب الفحل » .

حديث أنس بن مالك :

أخرجه الترمذى (٣/ ٥٧٣) كتاب البيوع : باب ما جاء فى كراهية عسب الفحل ، حديث (١٢٧٤)، والنسائى (٧/ ٣١٠) كتاب البيوع : باب ضراب الفحل ، والبيهقى (٥/ ٣٣٩) كتاب البيوع: باب النهى عن عسب الفحل ، والطبرانى فى « الصغير » (٢/ ٩٥) من طريق يحيى بن آدم ثنا إبراهيم ابن حميد عن هشام بن عروة عن محمد بن إبراهيم التيمى عن أنس بن مالك « أن رجلا من كلاب سأل النبى ﷺ عن عسب الفحل فنهاه ، فقال : يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له فى الكرامة » .

وقال الترمذى : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن حميد عن هشام بن عروة .

وللحديث طريق آخر :

أخرجه أحمد (٣/ ١٤٥) ، وأبو يعلى (٦/ ٢٨٠) رقم (٣٥٩٢) من طريق ابن لهيعة ثنا يزيد بن أبى حبيب ، وعقيل عن ابن شهاب عن أنس بن مالك « أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع الرجل فحله فرسه » . وسنده ضعيف ؛ لضعف ابن لهيعة .

حديث على بن أبى طالب :

ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٩٠) عنه « أن النبى ﷺ نهى عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير ، وعن ثمن الميتة وعن لحم الحمر الأهلية ، وعن مهر البغى وعن عسب الفحل وعن مياثر الأرجوان » .

وقال الهيثمى : رواه عبد الله بن أحمد ورجاله ثقات .

حديث البراء بن عازب :

ذكره أيضاً الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٩٠) عنه عن النبى ﷺ « أنه نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى ، وكب الحجام ، وحلوان الكاهن ، وعسب الفحل ، وكان للبراء تيس يطرقه من طلبه ولا يمنعه أحداً ولا يعطى أجر الفحل » .

قال الهيثمى : رواه الطبرانى فى « الكبير » ، وفيه يحيى بن عباد الحرشى ، ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات .

حديث أبى سعيد الخدرى :

انظر الحديث الآتى .

=

[دليلُ مَنْ أَجَازَهُ]

ومن أجازه شَبَّهَهُ بِسَائِرِ المنافع ، وهذا ضعيف ؛ لأنه تغليبُ القياس على السَّمَاعِ . واستئجارُ الْكَلْبِ أيضاً هو من هذا الباب ، وهو لا يَجُوزُ عند الشافعي ، ولا عند مالك.

[القولُ في جوازِ اسْتِئْجَارِ الْمَنْفَعَةِ]

والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوزُ استئجارُ تفاحة للشم ، ولا طعام لِتَزْيِينِ الْحَانُوتِ ؛ إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها ، فهو لا يجوز عند مالك ، ولا عند (١) الشافعي .

[القولُ في إجارة الدَّرَاهم والدَّنَانير]

ومن هذا الباب : اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لا يُعْرَفُ بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يَصِحُّ إجارةُ هذا الجنس ، وهو قرض ،، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح ، وتلزم الأجرة فيه ، وإنما مَنَعَ مَنْ مَنَعَ إجارتها؛ لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بِإِتْلاف عَيْنِهَا ، ومن أجاز إِجَارَتَهَا تَصَوَّرَ فيها مَنْفَعَةً ، مثل أن يتحمل بها ، أو يتكثر ، أو غير ذلك مما يمكن أن يُتَصَوَّرَ في هذ الباب، ، فهذه هي مشهوراتُ مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة .

وأما مسائلُ الْخلاف المتعلِّقَة بجنس الثمن ، فهي مسائل الخلاف المتعلقة مما يَجُوزُ أن يكون ثمناً في المبيعات ، وما لا يجوز .

[النَّهْيُ عَنْ قَفيزِ الطحان]

ومما ورد النهي فيه من هذا الباب : ما روي : « **أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ عَسِيبِ الْفَحْلِ ، وَعَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَعَنْ قَفِيزِ الطحَانِ** » (١٠٣٧) ،، قال الطحاوي : ومعنى نَهْيِ النبي ﷺ عن

= وله شاهد أيضا من حديث جابر بلفظ نهى ﷺ عن طرق الفحل .

أخرجه مسلم (١١٩٧/٣) كتاب بالمساقاة : باب تحريم بيع فضل الماء ، حديث (١٥٦٥/٣٥) ، والنسائى (٣١٠/٧) كتاب البيوع : باب ضراب الجمل ، وأبو يعلى (٣٤٨/٣) رقم (١٨١٦) من طريق أبى الزبير عن جابر ، واللفظ لأبى يعلى .

ولفظ مسلم : نهى عن ضراب الجمل .

(١) سقط فى الأصل .

(١٠٣٧) أخرجه أبو يعلى فى مسنده (٣٠١/٢) حديث (١٠٢٣) ، والطحاوى فى مشكل الآثار (٣٠٧/١) باب بيان مشكل ما روى عن نهيه عن قفيز الطحان ، والدارقطنى (٤٧/٣) كتاب البيوع ، حديث (١٩٥) ، والبيهقى (٣٣٩/٥) كتاب البيوع : باب النهى عن عسب الفحل ، من طريق سفيان الثورى عن هشام أبى كليب عن ابن أبى نعم عن أبى سعيد الخدرى قال : « نهى رسول الله ﷺ =

قَفِيزِ الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دَفْعِ الْقَمْحِ إلى الطَّحَّانِ بجزء من الدقيق الذي يَطْحَنُهُ ، قالوا : وهذا لا يجوز عِنْدَنَا ، وهو استئجارٌ من المستأجر بعين ليس عنده، ولا هي من الأشياءِ التي تَكُونُ دُيُوناً على الذِّمَمِ . ووافقه الشافعي على هذا ، وقال أصحابه: لو استأجر السَّلاخ بِالْجِلْدِ والطحان بِالنُّخَالَةِ ، أو بصاع من الدقيق فسد ؛ لنهيه ﷺ عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ ، وهذا على مذهب مالك جائز ؛ لأنه استأجره على جزء من الطعام مَعْلُومٍ ، وأجرة الطحان ذلك الجزء ، وهو معلوم أيضاً .

[القولُ في كَسْبِ الحَجَّامِ ، ودليلُ مَنْ حَرَّمَهُ]

وأما كسبُ الحجَّامِ : فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم في ذلك آخرون ، فقالوا : كَسْبُهُ رَدِيءٌ يُكْرَهُ للرجل ، ، وقال آخرون : بل هو مباح .

والسبب في اختلافهم : تعارض الآثار في هذا الباب، فمن رأى أنه حَرَامٌ احتج بما روي عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « **مِنَ السُّحْتِ كَسْبُ الْحَجَّامِ** »(١٠٣٨)، وبما روي عن أنس بن مالك - قال: « **حَرَّمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ كَسْبَ الْحَجَّامِ** » (١٠٣٩) ، وروي عن عون بن أبي جحيفة (١) . قال : اشترى أَبِي حَجَّاماً فَكَسَرَ مَحَاجِمَهُ ، فقلت له : يا

= عن عسب الفحل ، وعن قفيز الطحان » ووقع عند الدارقطنى « نهى » بدون ذكر « رسول الله ﷺ » قال البيهقى : ورواه ابن المبارك عن سفيان كما رواه عبيد الله ، وقال : نهى ، وكذلك قاله إسحاق الحنظلى عن وكيع « نهى عن عسب الفحل » ، ورواه عطاء بن السائب عن عبد الرحمن بن أبى نعم قال: « نهى رسول الله ﷺ » فذكره .

(١٠٣٨) أخرجه الطحاوى فى معانى الآثار (٤/ ١٢٩) كتاب الإجارات : باب الجعل على الحجامة، والخطيب فى التاريخ (١/ ٣٣٩) كلاهما من طريق رباح بن أبى معروف عن عطاء عن أبى هريره قال : قال رسول الله ﷺ : « إن من السحت كسب الحجام » لفظ الطحاوى ، ولفظ الخطيب : « من السحت كسب الحجام ، وثمن الكلب ، ومهر البغى » ، وأخرجه أحمد (٢/ ٢٩٩ ، ٣٣٢ ، ٣٤٧ ، ٤١٥ ، ٥٠٠) من طريق آخر عن أبى هريرة بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام ، وثمن الكلب ، وكسب البغى » ، وأخرجه الحارث بن أبى أسامة فى مسنده (٤٣٣ - بغية) قال : حدثنا أبو النضر ثنا أبو معاوية يعنى شيبان عن ليث عن عطاء عن أبى هريرة به موقوفاً : « أربع كلهن من السحت : مهر البغى ، وثمن الكلب ، وكسب الحجام ، وضراب الفحل » .

(١٠٣٩) أخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٩) كتاب الإجارات : باب الجعل على الحجامة ، ثنا عبد الرحمن بن الجارود ثنا وهب بن بيان الواسطى ثنا يحيى بن سعيد القطان حدثنى عبد العزيز بن زياد عن أنس به .

(١) عون بن أبى جحيفة السوائى . عن أبيه والمنذر بن جرير وعنه عمر بن أبى زائدة ، والثورى . وثقه أيضاً أبو حاتم .

انظر : الخلاصة : ٢/ ٣٠٩ (٥٤٩١) ، وتهذيب التهذيب :٨/ ١٧٠ ، وتقريب التهذيب ٢/ ٩٠، والثقات : ٥/ ٢٦٣

أبتِ لم كَسَرْتَهَا ؟ فقال : إن رسول الله ﷺ « **نَهَى عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ** » (١٠٤٠) .

[دليلُ مَنْ أَبَاحَ كَسْبَ الْحَجَّامِ]

وأما من رأى إباحة ذلك : فاحتج بما روي عن ابن عباس قال : « **احْتَجَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ** » (١٠٤١) ، ، قالوا : ولو كان حَرَاماً لم يُعْطِه ، ، وحديث جابر : « **أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دعَا أَبَا طَيْبَةَ فَحجمَهُ فَسأَلَهُ كَمْ ضريبَتك** (١) ؟ **فَقَالَ : ثَلاثَةُ آَصُعٍ ، فَوَضَعَ عَنْهُ صَاعاً** » (١٠٤٢) ، وعنه أيضاً : « **أَنَّهُ أَمَرَ لِلْحَجَّامِ بِصَاعٍ مِنْ طَعَامٍ ، وَأَمَرَ مَوَالِيَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ** » (١٠٤٣) .

[دَليلُ من كَرِهَ كَسْبَ الْحَجَّامِ]

وأما الذين قالوا بكراهيَته : فاحتجوا بما روي أن رفاعة بن رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار ، فقال : « **نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَأَمَرَنَا أَنْ نُطْعِمَهُ**

(١٠٤٠) أخرجه أحمد (٤/ ٣٠٨ ، ٣٠٩) ، والبخارى (٤/ ٣١٤) كتاب البيوع : باب موكل الربا، حديث (٢٠٨٦) ، والطحاوى ، والبيهقى (٦/ ٦) كتاب البيوع : باب النهى عن ثمن الكلب ، « نهى النبى ﷺ عن ثمن الكلب ، وثمن الدم ، ونهى عن الواشمة والموشومة ، وآكل الربا وموكله ، ولعن المصور » لفظ البخارى ، وقال فى موضع آخر : « نهى عن ثمن الدم ، وثمن الكلب ، ولعن الواشمة والمستوشمة ، وآكل الربا وموكله ، ولعن المصور » .

(١٠٤١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٢٤) كتاب البيوع : باب ذكر الحجام ، الحديث (٢١٠٣) ، وفى (٤/ ٢٥٨) كتاب الإجارة : باب خراج الحجام ، الحديث (٢٢٧٨) و (٢٢٧٩) ، ومسلم (٣/ ١٢٠٥) كتاب المساقاة : باب حل أجرة الحجامة ، الحديث (٦٥/ ١٢٠٢) و (٦٦/ ١٢٠٢) ، وأبو داود (٢/ ٢٨٧) كتاب البيوع : باب فى كسب الحجام ، حديث (٣٤٢٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣١) كتاب التجارات : باب كسب الحجام حديث (٢١٦٢) ، وأحمد (١/ ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٩٢ ، ٣١٦) ، وابن الجارود رقم (٥٨٤) من طرق عن ابن عباس .

ولمسلم الحديث (٦٦/ ١٠٢) : « حجم النبى ﷺ عبدٌ البنى بياضة ، فأعطاه النبى ﷺ أجره ، وكلم سيده ، فخفف عنه ضريبته ، ولو كان سحتا لم يعطه النبى ﷺ » .

(١) فى الأصل : ضربتك .

(١٠٤٢) أخرجه أبو داود الطيالسى ص (٢٣٨) ، الحديث (١٧٢٣) ، وأحمد (٣/ ٣٥٣) وأبو يعلى (٣/ ٣١٢) الحديث (١٧٧٧) ، والطحاوى فى معانى الآثار » (٤/ ١٣٠) كتاب الإجارات : باب الجعل على الحجامة . من طريق أبى عوانة عن أبى بشر عن سليمان بن قيس عن جابر بن عبد الله به .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٩٧) ، وقال : رواه أحمد وأبو يعلى ورجاله ثقات إلا أنه من رواية جعفر بن أبى وحشية عن سليمان بن قيس وقيل : أنه لم يسمع منه .

(١٠٤٣) أخرجه الطحاوى (٤/ ١٣٠) كتاب الإجارات : باب الجعل على الحجامة من حديث يحيى ابن أيوب عن ابن خريج عن أبى الزبير عن جابر به ، وقال : « وأمر مواليه أن يخففوا عنه فى الخراج شيئا » .

نَاضِحَنَا » (١٠٤٤) ، وبما رُوِي عن رجل من بني حارثة كان له حَجَّامٌ ، وسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فَنَهَاهُ ، ثم عاد فنهاه ، ثم عاد فَنَهَاهُ ، فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله ﷺ : « اعْلِفْهُ نَاضِحَكَ(١) ، وأَطْعِمْهُ رَقِيقَكَ » (١٠٤٥)

[إِجَارَةُ دَارٍ بِسُكْنَى دَارٍ أُخْرَى]

ومن هذا الباب أيضاً : اختلافهم في إجارة دار بسكنى دار أخرى : فأجاز ذلك مالك، ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، وهذا ضعيف ، فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن ، وبجنس المنفعة .

[مَا يَتَعَلَّقُ بِأَوْصَافِ الإِجَارَةِ]

وأما ما يتعلق بأوصافها ، فنذكر [أيضاً] (٢) المشهور منها .

[من شرطِ أن يكونَ الثمنُ مَعْلُوماً ، وكذلك المنفعةُ]

فمن ذلك : أن جمهورَ فقهاءِ الأمصار : مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي اتفقوا بالجملة أن من شرط الإجارة أن يكونَ الثمنُ مَعْلُوماً ، والمنفعةُ معلومةَ القَدْر ؛ وذلك إما بغاياتها ؛ مثل : خياطة الثوب ، وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل : خِدْمَةِ الأَجِيرِ ، وذلك إما بالزمان إن كان عملاً ، واستيفاء منفعة متصلة

(١٠٤٤) أخرجه الطحاوى (٤/ ١٣١) من طريق عمر بن يونس ثنا عكرمة بن عمار ثنا طارق بن عبد الرحمن أن رفاعة ، أو رافع بن رفاعة ، الشك منهم فى ذلك ، قد كان جاء إلى مجلس الأنصار فذكر مثله مختصراً .

وأخرجه أحمد (٤/ ٣٤١) من طريق هاشم بن القاسم ثنا عكرمة بن عمار حدثنى طارق بن عبد الرحمن القرشى قال : « جاء رافع بن رفاعة إلى مجلس الأنصار فقال : لقد نهانا نبى الله ﷺ عن شئ كان يرفق بنا فى معايشنا ، فقال : نهانا عن كراء الأرض ، قال : من كانت له أرض ، فليزرعها أو ليزرعها أخاه ، أو ليبدعها ، ونهانا عن كسب الحجام ، وأمرنا أن نطعمه نواضحنا ، ونهانا عن كسب الأمة إلا ما عملت بيدها ، وقال : هكذا بأصابعه نحو الخبز والغزل والنقش » .

(١) فى الأصل : ناضجك .

(١٠٤٥) أخرجه أحمد (٥/ ٤٣٥ ، ٤٣٦) فى مسنده محيصة بن مسعود رضى الله عنه ، وأبو داود (٣/ ٧٠٧) كتاب البيوع والإجارات : باب فى كسب الحجام ، الحديث (٣٤٢٢) ، والترمذى ، السنن (٣/ ٥٧٥) كتاب البيوع : باب ما جاء فى كسب الحجام ، الحديث (١٢٧٧) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٢) كتاب التجارات : باب كسب الحجام ، الحديث (٢١٦٦) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٣١) كتاب الإجارات : باب الجعل على الحجامة ، والحميدى (٢/ ٣٨٧) رقم (٨٧٨) ، وابن أبى شيبة (٦/ ٢٦٥) ، وابن الجارود (٥٨٣) ، والبيهقى (٩/ ٣٣٧) من طرق عن الزهرى عن حرام بن مصيصة عن أبيه .

وقال الترمذى : حديث حسن .

(٢) سقط فى الأصل .

الوجود مثل : كِرَاءِ الدُّورِ ، والْحَوَانِيت ،، وإما بالمكان إن كان مشياً مثل : كراء الرَّوَاحِلِ .

[من ذهب إلى جَوَازِ إجارات المجهولات]

وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى : جواز إجارات المجهولات ، مثل : أن يُعْطِيَ الرجلُ حِمَارَهُ لمن يسقى عليه ، أو يحتطب عليه بِنِصْفِ ما يعودُ عليه .

[دليلُ الجمهور ، ومن خالفهم]

وعمدة الجمهور : أن الإجارة بَيْعٌ فامتنع فيها من الجهل ؛ لمكان الْغَبْنِ ما امتنع في المبيعات ،، واحتج الفريق الثاني بقياس الإجارة على القراض ، والمساقاة ، والجمهور على أن الْقِرَاضَ والْمُسَاقَاةَ مستثنيان بالسنة ، فلا يقاس عليهما ؛ لخروجهما عن الأصول .

واتفق مالك ، والشافعي على : أنهما إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أَمَداً من الزمان مَحْدُوداً ، وَحَدَّدُوا أيضاً أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد - أن ذلك جائز.

واختلفوا : إذا لم يحددوا أَوَّلَ الزمان ، أو حدوده ولم يكن عقب العقد : فقال مالك: يجوز إذا حُدِّدَ الزمانُ ، ولم يُحَدَّدْ أَوَّلُهُ ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا ، أو شهراً بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ، ولا أول تلك السنة ،، وقال الشافعي : لا يَجُوزُ . ويكون أولُ الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة، فمنعه الشافعي ؛ لأنه غَرَرٌ ، وأجازه مالك ؛ لأنه معلومٌ بالعادة ،، وكذلك لم يُجِزِ الشافعي إذا كان أول العقد مُتَرَاخِياً عن العقد ، وأجازه مالك .

واختلف قولُ أصحابه في استئجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان.

[مقدارُ الزمانِ الذي تُقَدَّرُ به المنافعُ فِي الإِجَارَةِ]

وكذلك اختلف مالك ، والشافعي في مقدار الزمان الذي تُقَدَّرُ به هذه المنافع : فمالك يجيزُ السنين الكثيرة، مثل : أن يُكْرِيَ الدارَ لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا تتغير الدار في مثله ،، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد .

[اختلافُ الْعُلَمَاءِ فِي أَنْوَاعٍ من الأَرْضِ في الإجارة]

واختلف قول ابن القاسم ، وابن الماجشون في أرض الْمَطَرِ ، [وأرض السَّقْيِ بِالْعُيُونِ][١] ، وأرض السقي بالآبار والأنهار : فأجاز ابن القاسم فيه الْكِرَاءَ السِّنِينَ الكثيرة، وَفَصَّلَ ابنُ الماجشون فقال : لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد، وأما أرض السَّقْيِ بالعيون فلا يجوز كِرَاؤُهَا إلا لثلاثةِ أَعْوَامٍ وأربعة ، وأما أرضُ الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لِعَشَرَةِ أَعْوَامٍ فقط ، ، فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع : في تحديد أول المدة ، وفي طُولِهَا ، وفي بعدها من وقت العقد .

[الإيجارُ مُشَاهَرَةً ، واختلاف العلماء فيه]

وكذلك اختلف مالك ، والشافعي إذا لم يحدِّد المدةَ ، وحَدَّدَ القدرَ الذي يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أَمَداً مَعْلُوماً: فقال الشافعي : لا يجوز ، ، وقال مالك ، وأصحابه : يجوز على قياس: [أبيعك][٢] من هذه الصُّبْرَةِ بحساب القفيز بِدِرْهَمٍ ، وهذا لا يجوز غيره .

وسبب الخلاف : اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الْغَرَرِ الْمَعْفُوِّ عنه ، أو المنهي عنه ؟

[البيعُ ، والإجارةُ]

ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة : أجازه مالك، ومنعه الشافعي ، وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط .

[إجارَةُ المُشَاعِ]

ومن هذا الباب اختلافُهُمْ في إجارةِ المشاع : فقال مالك ، والشافعي: هي جائزة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز ؛ لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعَةِ مُتَعَذِّرٌ ، وعند مالك ، والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه ؛ كانتفاع المكري بها مع شريكه ، أعني : رب المال .

[استئجارُ الأَجير بطَعَامه ، وكُسْوَته]

ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه ، وكسوته ، وكذلك الظِّئْرُ : فمنع الشافعيُّ ذلك على الإطلاق ، ، وأجاز ذلك مالكٌ على الإطلاق ، أعني : في كُلِّ أجير ، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظِّئْرِ [٣] فقط ، ، وسبب الخلاف هل هي إجارةٌ مجهولةٌ ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثَّمَنِ ، والْمَثْمُونِ .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : إليك .

(٣) المراد بالظئر المرأة التى تكترى لأرضاع الصغير إلى أن يفطم قادراً على الاستغناء عن لبنها بما=

[نَوْعَا الإِجَارَة ، وَشَرْطُهُمَا]

وأما أنواع الإجارة : فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارةُ منافع أعيانٍ محسوسة ، وإجارة منافع في الذمة قياساً على البيع ، والذي في الذمة من شرطه الوصفُ ، والذي في العين من شرطه الرؤية ، أو الصفة عنده ؛ كالحال في المبيعات ، ومن شرطِ الصِّفَةِ عنده ذِكْرُ الجنس والنوع ؛ وذلك في الشيءِ الذي تُسْتَوْفَى مَنَافِعُهُ ، [وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه] (١) فَلا بُدَّ من وَصْفِ المركوب مثلاً ، والحمل الذي تستوفى به صفة المركوب ،، وعند مالك أن الرَّاكِبَ لا يحتاج أن يُوصف .

وعند الشافعي يحتاج إلى الْوَصْفِ ، وعند ابن القاسم أنه إذا استَأْجَرَ الرَّاعي على غَنَمٍ بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط [الخلف] (٢) ،، وعند غيره تلزمُ الجملةُ بغير شرط .

ومن شَرْطِ إجارةِ الذمة أن يعجل النَّقْد عند مالك ؛ ليخرج من الدَّين بالدَّين ، كما أن من شرط إجارةِ الأرض غير المأمونة السقي عنده ألا يشترط فيها النقد إلا بعد الرَّيِّ.

[هَلْ يَدْخُلُ الْخِيَارُ في الْكِرَاءِ]؟

واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيارُ أم لا ؟ فقال مالك : يجوز [الخيار في الصنفين من الكراء المضمون ، والمعين ،، وقال الشافعي : لا يجوز] (٣) .

فهذه هي المشهوراتُ من المسائل الواقعة في هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذي يَشْتَمِلُ على النظر في مَحَالِّ هذا العقد ، وأوصافه ، وأنواعه ، وهي الأشياءُ التي تجري من هذا العقد مَجْرَى الأركان (٤) ، وبها يُوصَفُ العقد - إذا كانت على الشروط الشرعية - بالصحة ، وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر في الجزء الثاني ، وهو أحكامُ هذا الْعَقْدِ (٥) .

* * *

= يتناوله من الأكل ، والشرب وقد أجاز جميع الفقهاء هذه المسألة ؛ لورود النس بها ، وهو قوله تعالى: ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ .

بيد أنهم اختلفوا فى مورد العقد ، أهو اللبن قصداً ، أم خدمة الصبى قصداً واللبن تابع لها ؟ إلى الأول ذهب الجمهور ، وإلى الثانى ذهب الشافعية ، وإليك أدلة كل من الفريقين .

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : الحلب . (٣) سقط فى ط .

(٤) فى الأصل : الأوصاف . (٥) سقط فى الأصل .

الْجُزْءُ الثَّانِي مِنْ هَذَا الْكِتَابِ : وَهُوَ النَّظَرُ فِي أَحْكَامِ الإِجَارَاتِ

وأحكامُ الإجاراتِ كثيرةٌ ، ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين :

الجملة الأولى : في مُوجِبَاتِ هذا العقد ، ولوازمه من غير حُدُوثِ طَارِيءٍ عليه .

الجملة الثانية : في أَحْكَامِ الطَّوَارِيءِ ،، وهذه الجملةُ تَنْقَسِمُ في الأشهر إلى معرفة مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ ، ومعرفة موجبات الفسخ وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .

[مَتَى يلزم الْمُكْرِي دَفْعُ الْكِرَاءِ ؟]

الجملة الأولى : ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دَفْعُ الكراءِ إذا أطلق العقد، ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك ، وأبي حنيفة : أن الثمن إنما يَلْزَمُ جزءاً فجزءاً بِحَسَبِ ماَ يَقْبِضُ من المنافع ، إلا أن يَشْتَرِطَ ذلك ، أو يكون هنالك ما يُوجِبُ التقديمَ، مثل : أن يكون عِوَضاً معيناً ، أو يكون كِرَاءً في الذمة ،، وقال الشافعي : يجب عليه الثمن بِنَفْسِ العقد . فمالك رأى أن الثَّمَنَ إنما يستحقُّ منه بِقَدْرِ ما يقبض من العوض ، والشافعي كأنه رأى أن تَأَخُّرَهُ من باب الدَّيْنِ بالدَّيْنِ .

[مَنِ اكْتَرَى هل يجوز له أن يُكْرِيَ بأكثر ؟]

ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة ، أو داراً ، وما أشبه ذلك ، هل له أن [يكري][1] ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازه مالك ، والشافعي ، وجماعة قياساً على البيع،، ومنع ذلك أبو حنيفة ، وأصحابه ،، وعمدتهم : أنه من باب رِبْحِ ما لم يضمن؛ لأن ضمان الأصل هو من ربِّه ، أعني : من الْمُكْرِي ، وأيضاً فإنه من بَابِ بيع ما لم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أَحْدَثَ فيها عملاً ، وممن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري ،، والجمهور رأوا أن الإجارة في هذا شبيهةٌ بِالْبَيْعِ .

[كِرَاءُ الدَّارِ مِنَ الَّذِي أَكْرَاهَا]

ومنها : أَنْ يُكْرِيَ الدارَ من مكتريها سنة : فقال مالك : يجوزُ ،، وقال أبو حنيفة : لا

(١) في الأصل : يكترى .

يجوزُ . وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضلُ بينهما في الْكِرَاءِ ، فهو من باب أَكْلِ المالِ بالباطلِ .

ومنها : إذا اكترى أَرْضاً ليزرعها حِنْطَةً ، فأراد أن يزرعها شعيراً ، أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة ، أو دونه ، فقال مالك : له ذلك ،، وقال داود : ليس له ذلك .

[كَنْسُ مَرَاحِضِ الدُّورِ الْمُكْتَرَاة ، وعلى من تكون ؟]

ومنها : اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة ، فالمشهور عن ابن القاسم ؛ أنه على أَرْبَابِ الدُّورِ ، وروي عنه أنه على المكتري ، وبه قال الشافعي ،، واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي يدخلها قَوْمٌ ، ويخرج قومٌ ، فقال : الكنس [في هذه][1] على رب الدار .

[الانْهِدَامُ اليسيرُ من الدَّارِ الْمُكْتَرَاة]

ومنها : اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رَبَّ الدار إصلاحُهُ ، أم ليس يلزم ، وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لا يلزمه ،، وقال غيره من أصحابه : يلزمه ،، وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

* * *

(١) سقط فى الأصل .

الجملةُ الثانيةُ : وهي النظرُ في أَحكَامِ الطَّوَارِيءِ

الْفَصْلُ الأَوَّلُ منه :

وَهُوَ النَّظَرُ فِي الْفُسُوخِ

[عقدُ الإجارة ، وهل هو لازم ، أو جائز ؟]

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة ، فذهب الجمهور إلى أنه عَقْدٌ لازِمٌ ،، وحكي عن قوم أنه عَقْدٌ جَائِزٌ تشبيهاً بالْجُعل ، والشَّرِكَةِ .

[من قال : إنه عَقْدٌ لازم ، وبما ينفسخ]

والذين قالوا : إنه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به : فذهب جماعة فقهاء الأمصار: مالك ، والشافعي ، وسفيان الثوري ، وأبو ثور ، وغيرهم إلى أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقودُ اللازمةُ من وجود العيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فَسْخُ عقد الإجارة لِلْعُذْرِ الطاريء على المستأجر، مثل: أن [يُكْرِي] [1] دكاناً يتجر فيه فيحترق متاعه ، أو يسرق .

وعمدة الجمهور : قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] ؛ لأن الْكِرَاءَ عقد على منافع فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ ، أصله البيع ،، وعمدة أبي حنيفة أنه [شَبَّهَ ذَهَابَ ما به تُسْتَوْفَى المنفعةُ بِذَهَابِ الْعَيْنِ التي فيها المنفعة][2] .

وقد اختلف قولُ مالكٍ إذا كان الْكِرَاءُ في غَيْرِ مخصوص على استيفاءِ منفعةٍ من جِنْسٍ مَخْصُوصٍ : فقال عبد الوهاب : الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يَتَعَيَّنُ في الإجارة ، وأنه عين ، فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تَلَفَتْ - قال : وذلك مثل أن يستأجر على رِعَايَةِ غَنَمٍ بأعيانها، أو خياطة قميص بعينه فَتَهْلِكُ الغنمُ ، ويحتَرِقُ الثوبُ ، فلا ينفسخُ العقدُ ، وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثلها ليرعاها ، أو قميص مثله ليخيطه ،، قال : وقد قيل : إنها تتعين بالتعيين ، فينفسخ العقد بِتَلَفِ المحل ،، وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافاً في المذهب ، وإنما ذلك على قسمين : أحدهما : أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تُقْصَدُ عينه ، أو مما لا تُقْصَدُ عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارةُ ؛

---

(١) في الأصل : يكون . (٢) سقط في الأصل .

كالظِّئْرِ إذا مَاتَ الطفلُ ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ ؛ كالإجارة على رعاية الغنم بأعيانها ، أو بيع طعام في حانوت ، وما أشبه ذلك ،، واشترط ابنُ القاسم في «المدونة » أنه إذا استَأْجَرَ على غَنَمٍ بأعيانها ، فإنه لا يجوز إلا أن يَشْتَرِطَ الخلف ، هو التفاتٌ منه إلى أنها تنفسخ بذهاب مَحلِّ استيفاء المعين ، لكن لما رأى التَّلَفَ سائقاً إلى الفسخ رأى أنه من باب الْغَرَرِ ، فلم يُجزِ الْكِراء عليها إلا باشتراط الخلف .

[هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين]

ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين : أعني المكرى أو المكتري : فقال مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور : لا ينفسخُ ، ويورث عقدُ الكراءِ ،، وقال أبو حنيفة ، والثوري ، والليث : ينفسخ .

وعمدة من لم يقل بالفسخ : أنه عقد معاوضة ، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله البيع ،، وعمدة الحنفية : أن الموت نقل أصل الرقبة الْمُكْتَرَاة من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ ، فوجب أن يبطل ، أصلُه البيعُ في العين المستأجرة مدة طويلة ، أعني : أنه لا يجوز ، فلما كان لا يجتمع الْعَقْدَانِ معاً غلب ههنا انتقال الملك ، وإلا بقي الملك ليس له وَارِثٌ، وذلك خلاف الإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح ؛ إذ كان كلاهما استيفاءَ مَنَافِعٍ ، والنكاح يبطل بالموت ، وهو بعيد ،، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تُسْتَحقُّ جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا ، فإن مات المالكُ ، وبَقِيَتِ الإجارةُ ، فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حَقا بموجب عَقْدٍ في غير ملك العاقد ، وذلك لا يصح ، وإن ماتَ المستأجِرُ فتكون [الأجرة] [1] مستَحقَّةٌ عليه بعد موته ، والميت لا يَثْبُتُ عَلَيْهِ دَيْنٌ بإجماع بعد موته ،، وأما الشافعي فلا يلزمهم هذا؛ لأن استيفاءَ الأجرة يجب عندهم بنفس الْعَقْد على ما سَلَفَ من ذلك .

[إِذَا أُكْرِيَتْ أَرْضُ الْمطَرِ فَمَنَعَ الْقَحْطُ مِنْ زِرَاعَتِهَا]

وعند مالك : أن أَرْضَ المطر إذا أُكْرِيَتْ فمنع القحطُ من زراعتها ، أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الْكِرَاءَ يَنْفَسِخُ ،، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى من الزراعة فلم يتمكن الْمُكْتَرِى من أن يزرعها ، وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراءِ شَيْءٌ .

(١) فى الأصل : الإجارة .

[الكراءُ الذي يَتَعَلَّقُ بوَقْت ما]

وعنده : أن الكراءَ الذي يتعلق بوقت ما أنه إن كان ذلك الوقت مقصوداً مثل : كراءِ الرَّوَاحِلِ في أيام الحج ، فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء ، وأما إن لم يكن الوقتُ مقصوداً فإنه لا ينفسخ ، هذا كله عنده في الْكِرَاء الذي يكون في الأعيان .

[الْكِرَاءُ الذي يكون في الذِّمَّة]

فأما الكراء الذي يكون في الذمة : فإنه لا يَنْفَسِخُ عنده بذهاب العين التي قَبَضَ المستأجر لِيَسْتَوْفِيَ منها المنفعةَ ، إذا كان لم يَنْعَقِد الْكِـرَاءُ على عَيْنٍ بعينها ، وإنما انعقد على مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ ،، وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

* * *

الْفَصْلُ الثَّاني :
وَهُوَ النَّظَرُ فِي الضَّمَانِ

والضمانُ عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة ، وحفظ الأموال.

[التَّعَدِّي الَّذي يُوجِبُ الضَّمَانَ]

أما التعدي : فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نَوْعِ التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه ، وفي قدره .

[مَنِ اكْتَرَى دَابَّةً إلى مَوْضِعٍ فَتَعَدَّاهُ]

فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دَابَّةً إلى موضع ما فتعدى [1] بها إلى مَوْضِعٍ زَائِدٍ على الموضع الذي انعقد عليه الْكِرَاءُ : فقال الشافعي ، وأحمد : عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشترطة ومثل كِرَاءِ الْمَسَافَةِ التي تَعَدَّى فيها ،، وقال مالك: رَبُّ الدابة بالخيار في أن يأخذ كِرَاءَ دابته في المسافة التي تَعَدَّى فيها أو يضمن له قيمة الدابة . وقال أبو حنيفة : لا كِرَاءَ عليه في المسافة المتعداة . ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضَامِنٌ لها ،، فعمدةُ الشافعي أنه تَعَدَّى على المنفعة ، فَلَزِمَهُ أجرة المثل ، أصله : التعدي على سَائِرِ الْمَنَافِعِ .

وأما مالك : فكأنه لما حَبَسَ الدابَّةَ عن أسواقها ، رأى أنه قد تعدى [عليها] [2] فيها نفسها ، فشبهه بِالْغَاصِبِ ، وفيه ضَعْفٌ .

---

(١) في الأصل : فنهض . (٢) في الأصل : عليه .

وأما مذهب أبي حنيفة فبعيدٌ جداً عما تقتضيه الأصولُ الشرعيةُ ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي .

[الْحُكْمُ إِذَا عَثَرَتِ الدَّابَّةُ فَهَلَكَ مَا تَحْمِلُهُ]

وعند مالك : أن عِثَارَ الدابة لو كانت عثُور تعدٍّ من صاحب الدابة يَضْمَنُ بها الْحِمْلِ ، وكذلك إن كانت الحبالُ رَثَّةً ،، ومسائل هذا الباب كثيرة .

[ضَمَانُ الصُّنَّاعِ]

وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تَعَدٍّ إلا من جهة المصلحة فهم الصناعُ : ولا خلاف عندهم أن الأجيرَ ليس بضامن لما هلك عنده [مما استؤجر عليه إلا أن يَتَعَدَّى ما عدا حامل الطعام ، والطحَّان ، فإن مالكاً ضمنه ما هَلَكَ عِنْدَهُ] [١] إلا أن تقومَ له بينةٌ على هَلاكِهِ من غير سببه .

وأما تضمين الصناع ما ادَّعوا هَلاكَهُ من المصنوعات المدفوعَة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك : فقال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف : يَضْمَنُونَ ما هَلَكَ عِنْدَهُمْ ،، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أَجْرٍ ، ولا الخاص ، ويضمن المشترك ، ومن عمل بأَجْرٍ ،، وللشافعيِّ قَوْلانِ في المشترك . والخاص عندهم هو الذي يَعْمَلُ في مَنْزِلِ المستأجِرِ ،، وقيل : هو الذي لم ينتصب للناس ؛ وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير [٢] ضَامِنٍ .

وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصَّانِعَ المشترك يَضْمَنُ ، وسواء عَمِلَ بأجر ، أو بغير أجر ،، وبتضمين الصناع قال علي ، وعمر ، وإن كان قد اخْتُلِفَ عن عليٍّ في ذلك .

وعمدة من لم ير الضمانَ عليهم أنه شَبَّهَ الصانع بِالْمُودعِ عنده ، والشريك ، والوكيلِ، وأجيرِ الغنم ،، ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة ، وَسَدٍّ الذريعة، وأما من فرق بين أن يَعْمَلُوا بأجر ، أو لا يعملوا بأجر ؛ فلأن العامل بغير أجر إنما قَبَضَ المعمولَ لمنفعة صاحبه فقط ، فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر ، فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعةُ الْقَابِضِ ،، أصله القرض والعارية عند الشافعي ،، وكذلك أيضاً من لم يُنَصِّبْ نَفْسَهُ لم يكن في تَضْمِينِهِ سَدُّ ذَرِيعَةٍ، والأجيرُ عند مالك - كما قلنا - لا يضمن إلا أنه استحسن تضمينَ حامل الْقُوتِ ، وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان، وما

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : عند غيره .

عدا غيرهم فلا يضمن إلا [بالتعدي] [١] ،، وصاحبُ الْحَمَّامِ لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : يضمن ،،وشذ [أشهب] [٢] فَضَمَّنَ الصناعَ ما قامت البينةُ على هَلاكِهِ عندهم من غير تَعَدٍّ منهم ، ولا تفريط ، وهو شُذُوذٌ ،، ولا خلاف أن الصناع لا يَضْمَنُونَ ما لم يقبضوا في مَنَازِلِهِمْ .

[إذا هَلَكَ الْمَصْنُوعُ فَهَلْ لِلصَّانِعِ الأُجْرَةَ ؟]

واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينةُ على هَلاك المصنوع ، وسقط الضمانُ عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا إذا كان هَلاكُهُ بعد إتمام الصَّنْعَة ، أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لا أجرةَ لَهُمْ ،، وقال ابن المواز : لَهُمُ الأُجْرَةُ .

ووجه ما قال ابنُ المواز أن المصيبةَ إذا [٣] نزلت بالمستأجر ، فوجب ألا يمضي عمل الصانع باطلاً ،، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هَلَكَ بتفريطٍ من الأجير ،، [وقول ابن المواز أَقْيَسُ] [٤] ، وقول ابن القاسم أكثرُ نظراً إلى المصلحة ؛ لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة .

[القولُ في ضَمَانِ السَّفِينَةِ]

ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة : فقال مالك : لا ضَمَانَ عليه،، وقال أبو حنيفة : عليه الضمانُ إلا من الْمَوْجِ .

[أصلُ مَذْهَب مالك في الضمان]

وأصل مذهب مالك : أن الصناع يَضْمَنُونَ كُلَّ ما أتى على أيديهم من حرق ، أو كسر في المصنوع ، أو قطع إذا عَمِلَهُ في حَانُوته ، وإن كان صاحِبُهُ قاعداً معه ، إلا فيما كان فيه تَغْرِير من الأعمال ، مثل : ثَقْب الجوهر [٥] ، ونَقْشِ الْفُصُوصِ ، وتقويم السيوف، واحتراق الخبز عند الفران ، والطَّبِيبُ يموت العليلُ من معالجته ، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تَعَدَّى فيضمن حينئذ .

[الطبيبُ إذا أَخْطَأَ]

وأما الطبيبُ وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة : فلا شيء عليه في النفس ، والدِّيَةُ على الْعَاقِلَةِ فيما فوق الثُّلُثِ ، وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم

---

(١) فى الأصل : بالتعزير . (٢) فى الأصل : ابن وهب . (٣) فى الأصل : إنما .
(٤) سقط فى الأصل . (٥) فى الأصل : اللؤلؤ .

يكن من أهل المعرفة فعليه الضَّرْبُ ، والسِّجْن ، والدية ،، قيل : في ماله ،، وقيل : على العاقلة .

* * *

الْفَصْلُ الثَّالِثُ : فِي مَعْرِفَةِ حُكْمِ الاخْتِلاف

وهو النظر في الاختلاف ،، وفي هذا الباب أيضاً مسائل :

[إذا اختلفَ الصانعُ وصاحبُ المصنوعِ في الصَّنْعَة]

فمنها : أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة : فقال أبو حنيفة : القول قول رَبِّ المصنُوعِ ،، وقال مالك ، وابن أبي ليلى : القولُ قولُ الصَّانِعِ.

وسبب الخلاف: مَن الْمُدَّعِي منهما على صَاحبه ، ومن المدعى عليه ؟

[إِذَا ادَّعَى الصَّانِعُ رَدَّ ما اسْتَصْنَعَهُ ، وأنكر صاحبُهُ]

ومنها : إذا ادعى الصناعُ رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة ؛ لأنهم كانوا ضَامنينَ لما في أيديهم ،، وقال ابن الماجشون : القولُ قولُ الصناع إن كان ما دَفعَ إليهم دَفَعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، وإن كان دفع إليهم ببينة ، فلا يبرءون إلا ببينة .

[إِذَا اخْتَلَفَا في دَفْعِ الأُجْرَةِ]

وإذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الأجرة : فالمشهور في المذهب أن القولَ قولُ الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ،، وإن تطاول ، فالقولُ قولُ رَبِّ المصنوع ، وكذلك إذا اختلف الْمُكْرِي والْمُكْترى ،، وقيل: بل القولُ قولُ الصانع ، وقول المكري وإن طال ، وهو الأصل .

[الاختلافُ في الزَّمَانِ الذي وَقَعَ فيه اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ]

وإذا اختلف المكري والمكتري ، أو الأجير والمستأجر في مدة الزمانَ الذي وَقَعَ فيه استيفاءُ المنفعة : إذا اتفقا على أن المنفعة لم تَسْتَوْفِ في جميع الزمان المضروب في ذلك.

فالمشهور في المذهب : أن القولَ قولُ المكتري والمستأجر ؛ لأنه الغارم ، والأصول على أن القولَ قولُ الْغَارِمِ ،، وقال ابن الماجشون : القولُ قولُ المكتري له ، والمستأجر إذا كانت الْعَيْنُ المستوفاةُ منها المنافع في قبضهما مثل الدار ، وما أشبه ذلك ،، وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير ، فالقول قول الأجير .

[اختلافُ الْمُتَكَارِيَيْنِ في الدَّوَاب والرَّوَاحِلِ]

ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلافُ المتكاريين في الدواب ، وفي الرواحل ؛ وذلك أن اختلافهما [لا يخلو أن يكون في قَدْرِ المسافة ، أو نوعها ، أو قدر الْكِرَاءِ ، أو نوعه ، فإن كان اختلافُهُمَا] (١) في نوع المسافة ، أو في نوع الْكِرَاءِ ، فالتحالف ، والتفاسخ ؛ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن ،، قال ابن القاسم : انعقد أو لم ينعقد ،، وقال غيره : القولُ قولُ رَبِّ الدابة إذا انعقد ، وكان يشبه ما قال .

وإن كان اختلافُهُمَا في قَدْرِ المسافة : فإن كان قبلَ الركوبَ ، أو بعدَ ركوب يسير ، فالتحالف ، والتفاسخ ، وإن كان بَعْدَ رُكُوبٍ كثير ، أو بلوغ المسافة التي يَدَّعِيهَا ربُّ الدابة، فالقول قولُ رب الدابة في المسافة إن انتقد ، وكان يشبه ما قال ، وإن لم ينتقد، وأشبه قوله تحالفا ، ويفسخ الكراء على أَعْظَمِ المسافتين ، فما جعل (٢) منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك إِنِ انْتَقَدَ ، ولم يُشْبِهْ قَوْلَهُ .

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ، واتفقا على المسافة : فالقولُ قولُ المكتري له ، نقد أو لم ينقد؛ لأنه مُدَّعى عليه .

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الأَمْرَيْنِ جميعاً في المسافة والثمن مثل : أن يقولَ رَبُّ الدَّابَّةِ بـ«قُرْطُبَةَ»: اكتريت مِنْكَ إلى « قرمونة » بدينارين ، ويقول المكتري [له] (٣) : بل بدينار إلى «إِشْبِيلِيَّةَ » ، فإن كان أيضاً قبل الركوب ، أو بعد ركوب لا ضَرَرَ عليهما في الرجوع ، تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد سير كثير ، أو بلوغ المسافة التي يَدَّعِيهَا رَبُّ الدَّابَّةِ ، فإن كان لم يَنْقُدِ المكتري شيئاً ، كان القولُ قولَ رَبِّ الدابة في المسافة ، والقول قول الْمُكْتَرِي في الثَّمَنِ ، ويغرم من الثَّمَنِ ما يجب له من « قُرْطُبَةَ » إلى « قرمونة » ، على أنه لو كان الكراء به إلى « إشبيلية » ؛ وذلك أنه أشبه قَوْلَ المكتري ، وإن لم يشبه ما قال ، وأشبه قول رب الدابة غُرِّمَ دينارين .

وإن كان المكتري نَقَدَ الثمنَ الذي يَدَّعِي أنه للمسافة الكبرى ، وأشبه قولَ رب الدابة ، كان القولُ قولَ رَبِّ الدَّابَّةِ في المسافة ، ويبقى له ذلك الثمن الذي قَبَضَهُ لا يرجع عليه بشيء منه ؛ إذ هو مُدَّعى عليه في بعضه ، وهو يقول : بل هو لي وزيادة، فَيُقْبَلُ قَوْلُه

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : بما حصل . (٣) سقط فى ط .

فيه ؛ لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله في الزيادة ، وَيَسْقُطُ عنه ما لم يقر[١] به من المسافة ، أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الْكِرَاء الذي أَقَرَّ به المكتري على المسافة كُلِّهَا ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما نَابَ المسافة التي ادَّعَاهَا ، وهذا القدر كاف في هذا الباب .

تَمَّ والحمد لله

(١) في ط : يقرب .

كِتَابُ الْجُعْلِ (١)

[مَا هُوَ الْجُعْلُ ؟]

والجعل : هو الإجارةُ على منفعةٍ مَظْنُونٍ حُصُولُهَا ، مثل مُشَارَطَةِ الطبيب على الْبُرْءِ ، والمعلمِ على الْحُذَّاقِ ، والنَّاشِدِ على وُجُودِ الْعَبْدِ الآبِقِ . وقد اختلفَ العلماءُ في منعه ، وجوازه .

[جَوَازُهُ عند مالك بِشَرْطَيْنِ ، ومن لم يجزه]

فقال مالك : [يجوز] (٢) ذلك في اليسير بشرطين : أحدهما ألا يضربَ لذلك أَجَلاً ، والثاني : أن يكون الثمن معلوماً ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وللشافعي القولان .

[عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ الْجُعْلَ]

وعمدةُ من أجازه : قوله تعالى : ﴿ **وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾ [يوسف : ٧١] ، وإجماع الجمهور على جوازه في الإباق والسؤال (٣) ، ولما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن ، وقد تقدم ذلك .

---

(١) الجعالة : بفتح الجيم وكسرها وضمها : ما يجعل على العمل .

ويقال : جعلت له جُعْلاً ، وأجعلت : أوجبت .

وقال ابن فارس فى « المجمل » : الجعل ، والجعالة ، والجعيلة : ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله .

ينظر : المطلع على أبواب المقنع ص (٢٨١) .

عرفها الشافعية بأنه : إلتزام مطلق التصرف عوضاً معلوما على عمل معين ، أو مجهول لمعين أو غيره .

عرفها المالكية بأنه : عقد معاوضة على عمل آدمى بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه .

حاشية الباجورى على ابن القاسم : ٢/ ٣٤ ، الحرشى ٧/ ٥٩

(٢) سقط فى الأصل .

(٣) فى الأصل : الإبار والضوال .

[دَلِيلُ مَنْ مَنَعَ الْجُعْلَ]

وعمدة من منعه : الْغَرَرُ الذي فيه قِيَاساً على سَائِرِ الإجَارَاتِ .

[مَتَى يُسْتَحَقُّ الْجُعْلُ ؟]

ولا خلاف في مذهب مالك [فى] [١] أن الجعل لا يستحق شَيْءٌ منه إلا بتمام العمل، وأنه ليس بِعَقْدٍ لازمٍ .

[كِرَاءُ السَّفِينَةِ ، وهل هو إِجَارَةٌ ، أو جُعْلٌ ؟]

واختلف مالك ، وأصحابه في هذا الباب في كِرَاءِ السفينة ، هل هو جُعْلٌ أو إجارة؟ فقال مالك : لَيْسَ لِصَاحِبِهَا كِرَاءٌ إلا بعد [البلوغ] [٢] ، وهو قول ابن القاسم ذهاباً إلى أن حُكْمَهَا حُكْمُ الْجُعْلِ . وقال ابنُ نافع من أصحابه : له قَدْرُ ما بلغ من المسافة ، فأجري حكمه مجرى الْكِرَاءِ ، وقال أَصْبَغُ : إن لَّجَجَ فهو جعل ، وإن لم يُلَجِّجْ فهو إجَارَةٌ له بحسب الموضع الذي وصل إليه ، والنظر في هذا الباب في جوازه ، ومحله ، وشروطه ، وأحكامه .

[مَحلُ الْجُعْلِ]

ومحله : هو ما كان من الأفعال لا يُنْتَفَعُ الْجَاعِلُ بجزء منها ؛ لأنه إذا انتفعَ الجاعلُ بجزء مما عمل الملتزم للجعل ، ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها وقلنا: على حكم الجعل ؛ إنه إذا لم يَأْتِ بمنفعةِ التى انعقد عليها الجعل لم يكن له شَيْءٌ [٣] ، فقد انتفع الجاعلُ بعمل المجعول من غير أن يُعَوِّضَهُ من عمله بأجر [٤] وذلك ظلم .

[مسائلُ اختلفَ فيها هل هي جُعْلٌ أم إجارة ؟]

ولذلك يختلف الفقهاء في كَثِيرٍ من المسائل هل هو جُعْلٌ ، أو إجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل ، أو لا يجوز ؟ مثل اختلافهم في المجاعلة على حَفْرِ الآبَارِ ، وقالوا في المغارسة : إنها تشبهُ الْجُعْلَ من جهة ، [والبيعِ من جهة ، وهي] [٥] عند مالك أن يُعْطِيَ الرجلُ أَرْضَهُ لرجل على أن يَغْرِسَ فيه عدداً من الثمار مَعْلُوماً ، فإذا استحق الثمرُ كان لِلْغَارِسِ جُزْءٌ من الأرض متفق عليه .

تم والحمد لله وحده

---

(١) سقط فى ط .
(٢) فى الأصل : البلاغ .
(٣) فى الأصل : انعقد .
(٤) فى الأصل : ناجز .
(٥) سقط فى الأصل .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليماً

« كِتَابُ الْقِرَاضِ » (١)

(١) القراض كالمضاربة معنى ، فهما لفظان مترادفان إلا أن القراض : لغة أهل الحجاز . والمضاربة: لغة أهل العراق . واختلف العلماء فى مبدأ اشتقاقه ، فقال صاحب العين : هو من أقرض، فنقول : أقرضت الرجل ، إذا أعطيته ليعطيك . فالمقارض يعطى الربح كما يعطى المقترض مثل المأخوذ . وقال غيره : هو من المقارضة وهى المساواة ، ومنه تقارض الشاعران إذا تساويا فى الإنشاد ، لأنهما يستويان فى الانتفاع بالربح ، وقيل : من القرض الذى هو القطع ، لأن المالك قطع للعامل من ماله قطعة يعمل فيها . والعامل قطع للمالك قطعة من الربح الحاصل بسعيه . فإطلاق لفظ القراض على إعطاء شخص غيره جزءاً من ماله ليتجر فيه على أن يكون له بعض الربح إطلاق لغوى والدليل على ذلك ما قاله بعض الصحابة لعمر بن الخطاب فى قصة عبد الله ، وعبيد الله : لو جعلته قراضاً ، ووجه الدلالة أن هؤلاء الصحابة هم أهل اللسان العربى وأرباب البيان الضادى . فإذا كان يحتج بقول امرئ القيس ، والنابغة ، فالحجة بقول الصحابة أولى .

ينظر : لسان العرب : ٣٥٨٨/٥ ، المصباح المنير : ٤٩٧/٢

واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : هو المضاربة عندهم - عقد شركة فى الربح بمال من جانب وعمل من جانب .

عرفه الشافعية بأنه : أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك .

عرفه المالكية بأنه : توكيل على تجرٍ فى نقدٍ مضروبٍ مسلمٍ بجزء من ربحه .

عرفه الحنابلة بأنه : دفع مال معلومٍ أو ما فى معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه .

انظر : حاشية الدسوقى : ٥١٧/٣ ، شرح فتح القدير : ٤٤٥/٨ ، مغنى المحتاج : ٣٠٩/٢ - ٣١٠ ، مطالب أولى النهى :٥١٣/٣ - ٥١٤ ، مجمع الأنهر : ٣٢١/٢ ، كشاف القناع : ٥٠٧/٣ ، الفواكه الدوانى : ١٧٤/٢ - ١٧٥

واستدل الفقهاء على مشروعية القراض ، بالكتاب والسنة ، وعمل الصحابة ، والقياس .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ .

ووجه دلالته أن البيع الحلال فى الآية يشمل بيع المنافع والذوات ، فيكون بيع المنافع مشروعاً ، وإذا كان بيع المنافع مشروعاِ ، كان القراض مشروعاً ، لأنه بيع منافع بجزء من الربح ، ففيه معاوضة من الطرفين .

أما السنة : فتقرير الرسول ﷺ ، وذلك أن القراض مما كان فى الجاهلية ، ولم ينكره الرسول عليه الصلاة والسلام ، مع علمه به ، وقدرته على الإنكار.

ووجه دلالته : أن القراض لو لم يكن جائزاً لما سكت الرسول عليه الصلاة والسلام عن إنكاره =

[جَوَازُ الْقِرَاضِ وَصِفَتُهُ]

ولا خلاف بين المسلمين في جَوَازِ الْقِرَاضِ ، وأنه مما كان في الجاهلية فَأَقَرَّهُ الإسلامُ.

= لأن سكوته عليه الصلاة والسلام دليل أرضاه ، وهو عليه الصلاة والسلام لا يرضى بغير المشروع ، فدل ذلك على جواز القراض ، والإذن فيه .

وأما عمل الصحابة : ففى الموطأ : أن عبد الله ، وعبيد الله ابنى عمر - رضى الله عنهما - خرجا فى جيش لـ « العراق » فلما قفلا مرًا على أبى موسى الأشعرى ، وهو أمير « البصرة » ، فرحب بهما وسهل ، ثم قال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به ، قال : بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكماه ، فتبتاعان به متاعاً من متاع « العراق » تبيعانه بالمدينة ، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما الربح فقالا : وددنا ففعل ، وكتب إلى عمر - رضى الله عنه - أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما باعا ، فأربحا ، فلما دفعا ذلك إلى عمر - رضى الله عنه - قال عمر : أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالا : لا . فقال عمر : أما لأبناء أمير المؤمنين فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا ، لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً فقال عمر : قد جعلته قراضاً ، فأخذ عمر المال ونصف ربحه ، وأخذ ابناه نصف الربح . ويقال الرجل : عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه .

ووجه دلالة هذا العمل على مشروعية القراض ، أنه لو لم يكن مشروعاً لما قال عبد الرحمن بن عوف : لو جعلته قراضاً ، ولما جعله عمر - رضى الله عنه - قراضاً ، لأن العمل بغير المشروع منهى عنه على أى وجه كان ، وعمر لا يجرؤ على عمل منهى عنه ، فدل على مشروعية القراض ، والإذن فيه .

وفيه « الموطأ » أيضاً أن عثمان بن عفان - رضى الله عنه - دفع قراضاً على أن الربح بينهما ، فلو لم يكن القراض مشروعاً ما تعامل به عثمان رضى الله عنه ، فدل وقوعه منه على جوازه .

أما القياس : فقد قاسه الفقهاء على المساقاة بجامع حاجة الناس إلى تنمية أموالهم ، فالأصل فى هذا القياس المساقاة . والفرع القراض والعلة حاجة الناس إلى تنمية أموالهم ، والحكم الجواز ، وحيث وجدت العلة فى الفرع التى من أجلها شرع الحكم فى الأصل ، كان الفرع نظيره فى الحكم ، فدل ذلك على مشروعية القراض .

وأما حكمة مشروعيته :

فاقتضت حكمة البارى جل شأنه أن تكون المشروعات لجلب المنافع لعباده ، ودفع الحاجات عنهم ، فشرع - سبحانه وتعالى - القراض ، تحقيقا لما اقتضته حكمته ، فإن الناس يحتاجون إلى تنمية أموالهم ، وقد لا يمكنهم العمل فيها بأنفسهم ، لعدم قدرتهم على القيام بعملية البيع والشراء ، والأخذ والعطاء ، فيضطرون إلى الإجارة على العمل فيها ، وغالباً لا يجدون من يستأجرونه للتجر فى أموالهم ، لجريان عادة الناس على القراض فى أموال التجارة ، فتحقيقا لجلب المصلحة ، ودفع الحاجات كان القراض جائزاً بعد أن كان ممنوعاً لما فيه من الجهل بأجرة العامل ، ترجيحاً لمصلحة تنمية الأموال ، رحمة من الله وفضلاً ، وكان الله عليماً حكيماً .

وأجمعوا على أن من صفته أن يُعْطِيَ الرجلُ الرجلَ المالَ على أن يَتَّجِرَ به على جُزْءٍ معلوم يَأْخُذُهُ الْعَامِلُ من ربح المال : أي جزء كان مما يتفقان عليه ثُلُثاً ، أو رُبُعاً ، أو نِصْفاً ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولَة ، وأن الرخصةَ في ذلك إنما هي لموضع الرِّفْقِ بالناس ، وأنه لا ضَمَانَ على العامل فيما تَلِفَ من رأس المال إذا لم يتعد ، وإن كان اختلفوا فيما هو تَعَدٍّ مما ليس بِتَعَدٍّ .

وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يَقْتَرِنَ به شَرْطٌ يزيد في مجهلة [1] الربح ، أو في الْغَرَرِ الذي فيه ، وإن كان اختلفوا فيما يَقْتَضِي ذلك من الشُّرُوطِ مما لا يقتضي ، وكذلك اتفقوا على أنه يَجُوزُ بالدنانير ، والدراهم ، واختلفوا في غير ذلك ، وبالجملة : فالنظر فيه في صِفَتِهِ ، وفي مَحِلِّهِ ، وفي شُرُوطِهِ ، وفي أحكامه ، ونحن نذكر في باب باب من هذه الأبواب الثلاثة مشهورات مسائلهم .

---

(١) فى الأصل : محله .

الْبَابُ الأَوَّلُ
فِي مَحلِّهِ

وأما صفته فقد تقدمت ، وأنهم أجمعوا عليها .

[قولُ الفقهاءِ في الْقِرَاضِ بِالْعُرُوضِ]

وأما محله : فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير ، والدراهم ، واختلفوا في الْعُرُوضِ، فجمهورُ فقهاءِ الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوزه ابن أبي ليلى .

وحجة الجمهور : أن رأس المال إذا [كان عروضاً] (١) كان غَرَراً ؛ لأنه يقبض العرض، وهو يساوي قيمة ما ، ويرده وهو يساوي قيمة غيرها ، فيكون رأسُ المال، والربح مجهولاً .

أما إن كان رأس المال ما به يباع العروض ، فإن مالكاً مَنَعَهُ ، والشافعي أيضاً ، وأجازه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما بِيعَتْ به السلعةُ، وعلى بيع السلعة نَفْسِهَا ، فكأنه قِرَاضٌ ، ومنفعةٌ ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مَالٍ مَجْهُولٍ ، ويشبه أن يكونَ أيضاً إنما مَنَعَ المقارَضَة على قيم العروض ؛ لمكان ما يتكلفُ المقارضَ في ذلك من البيع ، وحينئذ يَنضُّ رأسُ مالِ الْقِرَاضِ ، كذلك إن أعطاه الْعَرْضَ بالثمن الذي اشتراه به ، ولكنه أَقْرَبُ الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذي جَوَّزَهُ ابنُ أبي ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ؛ فإنهم حكوا عنه أنه يُجَوِّزُ أن يعطي الرجل ثوباً يبيعه (٢) ، فما كان فيه من رِبْحٍ فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعلا أصلَ المال الثمن الذي اشْتُرِيَ به الثَّوْبُ ، ويشبه أيضاً أن جَعَلَ رأس المال الثمن أن يتهم المقارضُ في تصديقه رَبَّ المال بحرصه على أخذ القراض منه .

[القولُ في الْقِرَاضِ بالنَّقْدِ من الذَّهَبِ والفضة]

واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب ، والفضة : فروي عنه أَشْهَبُ مَنْعَ ذلك ، وروي ابن القاسم جَوَازَهُ ، ومنعه في المصوغ ، وبالمنع في ذلك قال الشافعي ،

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : بعينه .

والكوفيون (١) ، فمن منع الْقِرَاضَ بالنقد شَبَّهَهَا بِالْعُرُوضِ ، ومن أجازَهُ شبهها بالدراهم، والدنانير ؛ لقلة اختلاف أسواقها .

[الْقِرَاضُ بِالْفُلُوسِ]

واختلف أيضاً أصحابُ مالك في الْقِرَاضِ بِالْفُلُوسِ : فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن .

[إذا كان لِرَجُلٍ على رَجُلٍ دَيْنٌ لا يعطيه له قِرَاضاً حتى يقبضه]

وجمهور العلماء : مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة : على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يَجُزْ أن يعطيه له قِرَاضاً قبل أن يقبضه ، أما العلةُ عند مالك فمخافة أن يكون أَعْسَرَ بِمَالِه ، فهو يريدُ أن يدَّخِرَهُ عنده على أن يَزِيدَ فيه ، فيكونُ الربا المنهيُّ عنه. وأما العلةُ عند الشافعي ، وأبي حنيفة ، فإن ما في الذمة لا يَتَحَوَّلُ ، ويعود أمانة .

[مَن يَشْتَرِطُ منفعةً زَائِدَةً فِي الْقِرَاضِ]

واختلفوا فيمن أَمَرَ رَجُلاً أن يقبض دَيْناً له من رجل آخر ، ويعمل فيه على جِهَةِ الْقِرَاضِ : فلم يُجِزْ ذلك مالك ، وأصحابه ؛ لأنه رأى أنه ازداد على العامل كُلْفَةً ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعةً زَائِدَةً في الْقِرَاضِ أنه فَاسِدٌ ، وأجاز ذلك الشافعي ، والكوفيونَ ، قالوا : لأنه وكله على القبض ؛ لأنه جعل القبض شَرْطاً في المصارفة (٢) ، فهذا هو القول في مَحِلِّه ، وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها .

* * *

---

(١) في ط : الكوفي .

(٢) في الأصل : المضاربة .

الْبَابُ الثَّانِي
فِي مَسَائِلِ الشُّرُوطِ فِي الْقِرَاضِ

[مَا لا يَجُوزُ مِنَ الشُّرُوطِ في الْقِرَاضِ]

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي : ما أَدَّى [١] عندهم إلى غَرَرٍ ، أو إلى مَجْهَلَةٍ زائدة ، ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدُهُمَا لنفسه من الرِّبْحِ شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه الْقِرَاضُ أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه الْقِرَاضُ مجهولاً ، وهذا هو الأصل عند مالك في ألا يكونَ مع الْقِرَاضِ بيع ، ولا كراء، ولا سلف ، ولا عمل ، ولا مرفق يشترطه أحدهما لِصَاحِبِهِ مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه ، وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل .

[شَرْطُ الْعَامِلِ الرِّبْحُ له كُلَّهُ]

فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له : فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قَرْضٌ لا قِرَاضٌ ، فمالك رأى أنه إِحْسَانٌ من رب المال ، وتطوُّعٌ ، إذ كان يجوز له أَنْ يَأْخُذَ منه الجزءُ القليلُ من المال الكثير ، والشافعي رأى أنه غرر ؛ لأنه إن كان خُسْرَانٌ فعلى رَبِّ المالِ ، وبهذا يفارق الْقَرْضُ، وإن كان ربحٌ فليس لرب المال فيه شيء .

[إِذَا شَرَطَ ربُّ المال الضمانَ على الْعَامِلِ]

ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل : فقال مالك : لا يجوز القراض ، وهو فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : القراض جائز ، والشرط باطل، وعمدة مالك أن اشتراط [٢] الضمان زيادةُ غَرَرٍ في الْقِرَاضِ فَفَسَدَ ، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز ، والشرط بَاطِلٌ اعتماداً على حديث بَرِيرَةَ المتقدم .

---

(١) في الأصل : أدعى .

(٢) في الأصل : شرط .

[إِذَا اشترط رَبُّ الْمَالِ على الْمُقَارِضِ خُصُوصَ التَّصَرُّفِ]

واختلفوا في المقارض : يشترط رب المال عليه خصوصَ التصرف ، مثل : أن يشترط عليه تعيينَ جنس مًّا من السلع ، [أو تعيين جنس ما من البيع] (١) ، أو تعيين موضع ما للتجارة ، أو تعيين صِنْفٍ ما من الناس يَتَّجِرُ معهم ، فقال مالك ، والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لاً يجوز ذلك إلا أَنْ يَكُونَ ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة .

وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشْتَرَط عليه ، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضَمِنَ. فمالك ، والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التَّضْيِيقِ على المقارض فيعظم الغررُ بذلك ، وأبو حنيفة استخفَّ الغررَ الموجودَ في ذلك ، كما لو اشترط عليه أَلا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك بإجماع .

[الْقِرَاضُ الْمُؤَجَّل]

ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا ، فمن لم يُجزْهُ رأى أن في ذلك تَضْيِيقاً على العامل يدخل عليه مَزِيدُ غَرَرٍ ؛ لأنه ربما بارت(٢) عنده سلَعٌ فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بَيْعِهَا فيلحقه في ذلك ضرر ، ومن أجاز الأَجَلَ شبه الْقِرَاضَ بِالإِجَارَةِ .

[اشتراطُ رَبِّ المالِ زَكَاةَ الربح من حصة العامل ، وكذلك زَكَاةَ رأس المال]

ومن هذا الباب اختلافهم في جَوَازِ اشتراطِ رب المال زَكَاةَ الربح على العامل في حِصَّتِهِ من الربح : فقال مالك في الموطأ : لا يجوز ، ورواه عنه أشهب .

وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك .

وبقول مالك - قال الشافعي . وحجة من لم يُجِزْهُ : أنه تعود حصة العامل ، ورب المال مجهولة ، لأنه لا يدري كم يكونُ المال في حين وُجُوبِ الزكاة فيه ، تشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعني على العامل ، فإنه لا يجوز باتفاق .

وحجة ابن القاسم : أنه يرجع إلى جُزْءٍ مَعْلُومِ النسبةِ ، وإن لم يكن معلومَ القدْرِ ؛ لأن الزكاةَ معلومةُ النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترطَ عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر، أو النِّصْفَ إلا رُبعَ الْعُشْرِ ، أو الرُّبُعَ إلا رُبُعَ الْعُشْرِ ، وذلك جائز ، وليس مثل

(١) سقط في الأصل .
(٢) في الأصل : بات .

اشتراطه زكاة رأس المال ؛ لأن ذلك معلومُ القدر غيرُ معلوم النسبة ، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً .

[اشتراطُ الْمُقَارِضِ ذلك على رَبِّ المالِ]

وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رَبِّ المال ؟ في المذهب فيه قولان : [وقد][1] قيل بالفرق بين الْعَامِلِ ، ورب المال ، وقيل : يجوز أن يَشْتَرِطَهُ العامل على رَبِّ المال ، ولا يجوز أن يشترطه رَبُّ المالِ على العامل ، وقيل : عكس هذا .

[اشتراطُ الْعَامِلِ على رَبِّ المال غُلاماً بعينه يكون له نصيبٌ من رأس المال]

واختلفوا في اشتراطِ العامل على رَبِّ المالِ غُلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيبٌ من المال : فأجازه مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوزُ ذلك ، فمن أجاز ذلك شَبَّهَهُ بالرجل يُقَارِضُ الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العاملُ على رَبِّ المالِ .

[اشتراطُ الْعَامِلِ غُلامَهُ]

فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثوري : لا يجوزُ ، وللغلام [2] فيما عَمِلَ أُجْرَةُ المثل ؛ وذلك أن حَظَّ العامل يكون عنده مجهولاً .

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الْقِرَاضِ

والأحكام : منها ما هي أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هي أحكامِ القراضِ الفاسد. وأحكامُ الْقِرَاضِ الصحيحِ ، منها ما هي من موجبات العقد ، أعني : أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هي تابعة ، أو غير تابعة ، ومنها أحكامُ طواريء تَطْرَأُ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل : التعدي ، والاختلاف ، وغير ذلك ، ونحن نذكر من هذه الأوصاف [3] ما اشتهر عند فقهاء الأمصار .

[مُوجِبَاتُ عَقْدِ الْقِرَاضِ ، وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا فَسْخُهُ ما لم يَشْرَعِ العامل فيه]

ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عَقْدِ القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض.

---

(١) سقط فى ط .

(٢) فى الأصل : للعامل .

(٣) فى الأصل : الأصناف .

[إذَا شَرَعَ العاملُ في الْقِرَاضِ فهل لهما الفسخُ ، وهل هو عقد يُوَرَّثُ ؟]

واختلفوا إذا شرع العامل [(١)] : فقال مالك : وهو لازم . وهو عقد يورث ، فإن مات، وكان للمقارض بَنُونَ أمناءُ كانوا في الْقِرَاضِ مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتُوا بِأَمِينٍ .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : لكل واحد منهم الفسخ إذا [(٢)] شاء ، وليس هو عقد يورث ، فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضَرَرٍ ، ورآه من العقود المورثة ، والفرقة الثانية شَبَّهَتِ الشُّرُوعَ في العمل بما بعد الشروع في العمل ، ولا خِلافَ بينهم أن [المقارض إنما] يأخذ حَظَّهُ من الربح بعد أن يَنِضَّ جميعُ رأس المال، وأنه إن خَسِرَ ثم اتَّجَرَ ، ثم ربح جُبِرَ الْخُسْرَان من الربح .

[إذا هَلَكَ جُزْءٌ من الْقِرَاضِ قبل العمل ثم رَبِحَ]

واختلفوا في الرجل يدفع إلى رَجُلٍ مالاً قراضاً ، فيهلك بَعْضُهُ قبل أن يعمل فيه، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد الْمُقَارِضُ أن يجعل رأسَ المال بَقِيَّةَ المالِ بعد الذي هَلَكَ ، هل له ذلك أم لا ؟ .

فقال مالك ، وجمهور العلماء : إن صَدَّقَهُ رَبُّ المال ، أو دفع رَجُلٌ مالاً قراضاً لرجل فهلك منه جُزْءٌ قَبْلَ أن يعمل ، فأخبره بذلك ، فصدقه ، ثم قال له : يكونُ الباقي عندك قِرَاضاً على الشَّرْطِ المتقدم ، لم يَجُزْ حتى يفاصله ، ويقبض منه رأس ماله ، وينقطع الْقِرَاضُ الأول .

وقال ابن حبيب من أصحاب مالك : إنه يلزمه في ذلك القول ، ويكون الباقي قِرَاضاً. وهذه المسألةُ هي من أحكام الطواريء ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت [وجوب] [(٣)] الْقِسْمَةِ ، وهي من أَحْكَامِ الْعَقْدِ .

[هل للعامل نَفَقَةٌ من المال الْمُقَارَضِ عَلَيْه ؟]

واختلفوا هل للعامل نفقة من المال المقارض عليه ، أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

فقال الشافعي في أشهر أقواله : لا نفقة له أصلاً إلا أن يَأْذَنَ له رَبُّ المال ، وقال قوم: له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعي ، والحسن ، وهو أحد ما رُوِيَ عن الشافعي ، وقال آخرون : له النفقة في السفر من طعامه ، وكُسْوَتِهِ ، وليس له شَيْءٌ في الْحَضَرِ ،

---

(١) فى الأصل : فى العمل . (٢) فى الأصل : إن . (٣) سقط فى الأصل .

وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وجمهور العلماء إلا أن مالكاً قال : إذا كان المال يحمل ذلكَ ، وقال الثوري : يُنْفِقُ ذَاهِباً ، ولا ينفق رَاجِعاً ، وقال الليث : يتغدى في [المصر] [1] ولا يَتَعَشَّى ، وروي عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أَنَّ لا نفقة له في المرض .

[حُجَّةُ مَنْ أَجَازَ النفقةَ في الْقِرَاضِ ، ومن لم يجزها]

وحجة من لم يجزه : أن ذلك زيادةُ منفعة في القراض ، فلم يجز أصله المنافع . وحجة من أجازه : أن عليه الْعَمَلَ في الصَّدْرِ الأول ، ومن أجازه في الْحَضَرِ ، شبهه بالسفر .

[مَتَى يَجُوزُ للعاملِ أَخْذُ حصَّته من الرِّبْحِ ؟]

وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نَصِيبَهُ من الربح إلا بِحَضْرَةِ رب المال ، وأنَّ حُضُورَ رَبِّ المالِ شرط في قِسْمَةِ المال ، وأخذ العامل حِصَّتَهُ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ، ولا غيرها .

* * *

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الطَّوَارِيءِ

[إذا أخذ العاملُ حِصَّتَهُ من الربح من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال]

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال ، أو بعضه: فقال مالك : إن أَذِنَ له ربُّ المال في ذلك ، فالعامل مُصَدَّقٌ فيما ادعاه [2] من الضَّيَاعِ ، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري : ما أخذ العامل يَرُدُّهُ ، ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلاً إن كان هنالك .

[إذا هَلَكَ مالُ الْقِرَاضِ بعد أن اشترى العامل به سلعة]

واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى الْعَامِلُ به سِلْعَةً ما ، وقبل أن يَنْقُدَهُ البائع : فقال مالك : البيعُ لازمٌ للعامل ، ورب المال مُخَيَّرٌ ، إن شاء دفع قِيمَةَ السِّلْعَةِ مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شَرَطَا من الْمُقَارَضَةِ ، وإن شاء تَبَرَّأَ عنها، وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراءُ رَبَّ المال ، شبهه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأسُ المال في ذلك القراض الثَّمَنَيْنِ ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عيناً أعني : ثمن تلك السلعة التي تَلِفَتْ أولاً ، والثمنُ الثاني الذي لَزِمَهُ بعد ذلك .

---

(١) فى الأصل : المضى .

(٢) فى الأصل : ادّعى به .

[إِذَا بَاعَ الْعَامِلُ مِنْ رَبِّ المالِ بَعْضَ سِلَعِ الْقِرَاضِ]

واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض : فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يَتَغَابَنُ الناس بمثله ، ووجهه : ما كَرِهَ مِن ذلك مالك أن [يكون] (١) يرخص له في السلعة من أَجْلِ ما قارضه ، فكأن رَبَّ المال أَخَذَ من العامل (٢) مَنْفَعَةً سِوَى الرِّبْحِ الذي اشترط عليه .

ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تَكَارَى الْعَامِلُ على السِّلَعِ إلى بَلَدٍ فاستغرق الْكِرَاءُ قِيَمَ السلع ، وفضل عليه فضلة ؛ أنها على العامل لا على رَبِّ المال ؛ لأن رب المال إنما دفع ماله إليه لِيَتَّجِرَ بِهِ ، فما كان من خُسْرَانٍ في المال (٣) فعليه ، وكذلك ما زاد على المال ، واستغرقه .

[إِذَا اسْتَدَانَ الْعَامِلُ مَالاً فَتَجَرَ به مع مَالِ الْقِرَاضِ]

واختلفوا في العامل يستدين مالاً ، فَيَتَّجِرُ به مع مَالِ الْقِرَاضِ : فقال مالك : ذلك لا يجوز ، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : ذلك جَائِزٌ ، ويكون الربحُ بينهما على شَرْطِهِمَا

وحجة مالك : أنه كما لا يجوز أن يَسْتَدِينَ على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ دَيْناً فيها .

[هَلْ لِلْعَامِلِ أَنْ يَبِيعَ بِالدَّيْنِ بدون أَمْرِ الْمُقَارِضِ ؟]

واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رَبُّ المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضَمِنَ ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامِلَ إنما يجب له أن يَتَصَرَّفَ في عَقْدِ القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أَكْثَرَ الأحوال ، فمن رأى أن التصرفَ بالدَّيْنِ خارجٌ عما يتصرف فيه الناس في الأغلب ، لَمْ يُجِزْهُ ، ومن رأي أنه غير خارج عما يتصرف فيه الناس أَجَازَهُ .

[إِذَا خَلَطَ العاملُ مَالَهُ بمالِ الْقِرَاضِ]

واختلف مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، والليث في العامل يَخْلِطُ ماله بمالِ الْقِرَاضِ من غير إِذْنِ رَبِّ الْمَالِ : فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكاً : هو تعد ، ويضمن، وقال مالك : ليس بِتَعَدٍّ .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : المال . (٣) فى الأصل : فليس فى المال .

[إذا دَفَعَ العاملُ رأسَ مالِ الْقِرَاضِ إلى مُقَارِضٍ آخَرَ]

ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار ؛ أنه إن دفع العاملُ رأسَ مال القراض إلى مقارض آخر ؛ أنه ضامن إن كان خسران ، وإن كان ربح فذلك على شَرْطِهِ ، ثم يكونُ للذي عمل شرطه على الذي دَفَعَ إليه ، فيوفيه حَظَّهُ مما بقي من المال ، وقال المزني عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ؛ لأنه [1] عمل على فساد .

* * *

الْقَوْلُ في أَحْكَامِ الْقِرَاضِ الْفَاسِد

[ما اتفقوا عليه في حُكْمِ الْقِرَاضِ الْفَاسِد]

واتفقوا على : أن حكم القراض الفاسد فَسْخُهُ ، وَرَدُّ المالِ إلى صَاحِبِهِ ما لم يفت بالعمل .

[إذا فَاتَ بالعملِ ما يكون للعاملِ فيه في وَاجِبِ عَمَلِه]

واختلفوا : إذا فَاتَ بالعمل ما يكون للعامل فيه في وَاجِبِ عَمَلِهِ على أقوال :

أحدها : أنه يَرُدُّ جميعَهُ إلى قِرَاضِ مِثْلِهِ ، وهي روايةُ ابن الماجشون عن مالك . وهو قوله ، وقول أشهب .

والثاني : أنه يرد جميعه إلى إِجَارَةِ مِثْلِهِ ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك .

والثالث : أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يَكُنْ أكثر مما سَمَّاهُ ، وإنما له الأقل مما سمى، أو من قراض مثله إن كان رَبُّ المال هو مشترط الشرط على المقارَض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذي سمي له إن كان المقارض هو مشترط [2] الشرط الذي يَقْتَضِي الزِّيَادَةَ التي من قِبَلِهَا فَسَدَ القراضُ ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك .

والرابع : [أنه] [3] يرد إلى قراض مثله في كل مَنْفَعَةٍ اشترطها أَحَدُ المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أَحَدُهُمَا بها عن صَاحِبِه ، إلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أَحَدُ الْمُتَقَارِضَيْنِ خالصة لِمُشْتَرِطِهَا مما ليست في المال ، وفي كل قِرَاضٍ فَاسِدٍ من قبل الغرر والجهل ؛ وهو قول مطرف ، وابن نافع ، وابن عبد الحكم، وأصبغ ، واختاره ابن حبيب .

---

(١) في ط : لأن . (٢) في الأصل : يشترط . (٣) سقط في الأصل .

[بعضُ أَنْوَاعٍ منَ الْقِرَاضَاتِ الْفَاسِدَةِ]

وأما ابن القاسم فاختلف قوله في الْقِرَاضَاتِ الفاسدة ، فبعضها ، وهو الأكثر - قال : إن فيها أَجْرَةَ الْمِثْلِ ، وفي بعضها قال : فيها قراض المثل ، فاختلف الناس في تأويل قوله ، فمنهم من حمل اختلافَ قوله فيها على القراض الذي ذهب إليه ابنُ عبد الحكم ، ومطرف ، وهو اختيار ابن حبيب ، واختيار جدي رحمة الله عليه .

ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كُلَّ قِرَاضٍ فَاسد ففيه أجرةُ المثلِ ، إلا تلك التي نَصَّ فيها قِرَاضُ المثل ، وهي سبعة : الْقِرَاضُ بِالْعُرُوضِ ، والقراض بالضَّمَانِ، والقراضُ إلى أَجَلٍ ، والقراضُ الْمُبْهَمُ ، وإذا قال له : اعمل على أن لك في المال شركاءَ ، وإذا اختلف المتقارضان ، وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دَعْوَاهُمَا ، وإذا دفع إليه المال على ألا يشتري به إلا بالدَّيْن فاشترى [بالنقد ، أو على ألا يشتري إلا سلعة كذا وكذا ، والسلعةُ غيرُ مَوْجُودَةٍ] (١) ، فاشترى غير ما أمر به .

وهذه المسائلُ يجب أن ترد إلى علة (٢) واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القاسم، وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم ، أنه فصل فقال : إن كان الفسادُ من جهة العقد رد إلى قِرَاضِ الْمِثْلِ ، وإن كان من جِهَةِ زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رُدَّ إلى أُجْرَةِ المثل ، والأشبهُ أن يكونَ الأمرُ في هذا بالعكس .

[الْفَرْقُ بين الأُجْرَة وَقِرَاضِ الْمِثْلِ]

والفرق بين الأجرة وقراض المثل : أن الأجرةَ تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال رِبْحٌ ، أو لم يكن ، وقراض المثل هو على سُنَّةِ القراضِ إن كان فيه رِبْحٌ كان للعامل منه، وإلا فَلا شَيْءَ لَهُ .

الْقَوْلُ في اخْتِلاف الْمُتَقَارِضَيْن
إذا اختلَفَ العاملُ ورَبُّ المالِ في تَسْمِيَةِ الجزء الَّذي تقارضا عليه]

اختلف الفقهاء (٣) إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تَقَارَضَا عليه : فقال مالك : القولُ قولُ العامل ؛ لأنه عنده مُؤْتَمَنٌ ، وكذلك الأمر عنده في جميع دَعَاوِيهِ إذا أتى بما يشبه .

وقال الليث : يحمل على قراض مثله .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : مسألة . (٣) فى الأصل : العلماء .

وقال مالك : إذا أتى بما لا يشبه .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : القولُ قولُ رَبِّ المالِ ؛ وبه قال الثوري .

وقال الشافعي : يَتَحَالَفَان ، ويَتَفَاسَخَانِ ، ويكون له أجرة مثله .

[سببُ اختلاف الفقهاء في هذا الموضوع]

وسبب اختلاف مالك ، وأبي حنيفة : اختلافُهُمْ في سَبَبِ وُرُود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لأنه مُدَّعى عليه ، أو لأنه في الأَغْلَبِ أَقْوَى شُبْهَةً ؟ فمن قال: لأنه مدعى عليه ، قال : القولُ قولُ رَبِّ المال ، ومن قال : لأنه أَقْوَاهُمَا شُبْهَةً في الأغلب ، قال : القولُ قولُ العامل ؛ لأنه عنده مؤتمن ، وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف الْمُتَبَايِعَيْنِ في ثَمَنِ السِّلْعَةِ ، وهذا كاف في هذا الباب .

* * *

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليماً

كِتَابُ الْمُسَاقَاة (١)
الْقَوْلُ فِي الْمُسَاقَاةِ

أما أولاً: ففي جوازها ،، والثاني: في معرفة الفساد والصحة فيها ،، والثالث: في أحكامها.

الْقَوْلُ فِي جَوَازِ الْمُسَاقَاة
[مَنْ أَجَازَ الْمُسَاقَاةَ ، ومما استثناها]

فأما جوازها : فعليه جمهور [فقهاء الأمصار] (٢) : مالك ، والشافعي ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة ، وأحمد ، وداود ، وهي عنده مستثناةٌ بالسنة من بَيْعِ ما لم يُخْلَقْ ، ومن الإجارة المجهولة .

---

(١) المساقاة لغة : مفاعلة من السقى ، لأن أهل « الحجاز » أكثر حاجة شجرهم إلى السقى ؛ لأنهم يستقون من الآبار ، فسميت بذلك .

ينظر : الصحاح : ٦/ ٢٣٨٠ ، اللسان : ٣/ ٢٠٤٤ ، المطلع ص (٢٦٢) ، حاشية الباجورى : ٢/ ٢٤ ، معجم مقياس اللغة : ٣/ ٨٤

واصطلاحاً :

عرفها الشافعية بأنها : دفع الشخص نخلاً ، أو شجر عنب لمن يتعهده بسقى ، وتربية على أن له قدراً معلوما من ثمره .

وعرفها المالكية بأنها : عقد على عمل مؤنة النبات ، بقدر لا من غير غلته ، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل .

وعرفها الحنفية بأنها : دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره .

وعرفها الحنابلة بأنها : دفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه ، وعمل سائر ما يحتاج إليه ، بجزء معلوم له من ثمره .

حاشية الباجورى : ٢/ ٢٤ ، الخرشى : ٦/ ٢٢٧ ، الدرر : ٢/ ٣٢٨ ، المطلع ص (٢٦٢) ، المغنى لابن قدامه : ٥/ ٥٥٤

(٢) فى ط : العلماء .

[مَنْ لَمْ يُجِزْهَا]

وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلاً .

[دَلِيلُ مَنْ أَجَازَهَا]

وعمدةُ الجمهور في إجازتها : حديث ابن عمر الثابت : «**أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَفَعَ إِلَى يَهُود خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ ، وَأَرْضَهَا عَلَى أَنْ يَعْمَلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَلِرَسُولِ اللهِ ﷺ شَطْرُ ثَمَرِهَا**»(١) ، خرجه البخاري ومسلم ، وفي بعض رواياته : « **أَنَّهُ ﷺ سَاقَاهُمْ عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الأَرْضُ ، وَالثَّمَرَةُ** » (٢) ، وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب ؛ أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خَيْبَرَ : « **أُقِرُّكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ عَلَى أَنَّ التمر بَيْنَنَا ، وَبَيْنَكُمْ** » ، قال : وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة ، فَيَخْرُصُ بينه وبينهم ، ثم يقول : « **إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي**(٣)» (١٠٤٦) وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه (١٠٤٧) .

---

(١) تقدم .   (٢) تقدم .   (٣) فى الأصل : على .

(١٠٤٦) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٠٣) كتاب المساقاة : باب : ما جاء فى المساقاة ، الحديث (١) عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب .

ومن طريق مالك أخرجه الشافعي (١/ ٢٤٢) كتاب الزكاة : باب : ففيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة ، وما لا ينبغي أن يؤخذ ، الحديث (٦٦٠) ، وفى (٢/ ١٣٥) كتاب المزارعة ، الحديث (٤٤٤) ، (٤٤٥) ، والبيهقى (٤/ ١٢٢) كتاب الزكاة : باب خرص التمر ، والدليل على أن له حكماً، قال ابن عبد البر : كذا رواه مرسلاً رواة الموطأ ، وأصحاب ابن شهاب ، وقد وصله منهم صالح بن أبى الأخضر عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة ، وهذا الطريق أخرجه البيهقى (٦/ ١١٥) كتاب المساقاة: باب : المعاملة على النخل بشطر ما يخرج منها ، من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضى ، ثنا محمد بن المثنى ثنا سعيد بن سفيان أنبأنا صالح بن أبى الأخضر عن الزهرى به مطولاً ولفظه : عن أبى هريرة قال : « لما افتتح رسول الله ﷺ خيبر دعا يهودًا فقال : نعطيكم نصف الثمر على أن تعملوها ، أقركم ما أقركم الله عز وجل ، قال : فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله يخرصها ، ثم يخيرهم أن يأخذوها أو يتركوها ، وأن اليهود أتوا رسول الله ﷺ فى بعض ذلك فشكوا إليه ، فدعا عبد الله بن رواحة ، فذكر له ما ذكروا ، فقال عبد الله : يا رسول الله هم بالخيار إن شاءوا أخذوها ، وإن تركوها أخذناها ، فرضيت اليهود وقالت : بهذا قامت السماوات والأرض » ، الحديث .

(١٠٤٧) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٠٣ - ٧٠٤) كتاب المساقاة : باب ما جاء فى المساقاة ، الحديث (٢) عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار « أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر ، فيخرص بينه وبين يهود خيبر ، قال : فجمعوا له حلياً من حلى نسائهم ، فقالوا : هذا لك وخفف عنا وتجاوز فى القسم ، فقال عبد الله بن رواحة : يا معشر اليهود ، والله إنكم لمن أبغض خلق الله إليّ ، وما ذاك بحاملى على أن أحيف عليكم ، فأما ما عرضتم من الرشوة فإنها سحت ، وإنا لا تأكلها ، فقالوا : بهذا قامت السماوات والأرض » .

[دَلِيلُ مَنْ لَمْ يُجزِ الْمُسَاقَاةَ]

وأما أبو حنيفة ، ومن قال بقوله فعمدتهم : مخالفةُ هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون [١] أَقَرَّهُمْ على أنهم عَبِيدٌ ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم أهل ذمة كان مخالفةً للأصول؛ لأنه بَيْعُ ما لم يُخْلَقْ ، وأيضاً فإنه من المزابنة ، وهو بيع التَّمْرِ بِالتَّمْرِ متفاضلاً ؛ لأن الْقِسْمَةَ بِالْخَرْصِ بيعُ الْخَرْصِ واستدلوا [٢] على مخالفته للأصول بما روي في حديث عبد الله ابن رواحة ؛ أنه كان يقول لهم عند الخرص : « **إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ ، وَتَضْمَنُونَ نَصِيبَ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي ، وَأَضْمَنُ نَصِيبَكُمْ** » [٣] ،، وهذا حرام بإجماع ، وربما قالوا : إن النهي الوارد عن الْمُخَابَرَةِ هو ما كان من هذا الفعل بـ« خَيْبَرَ » .

[دليلُ الجمهور في جوَاز الْمُسَاقَاة]

والجمهور يرون أن المخابرة هيَ كِراءُ الأرض ببعض ما يخرج منها ؛ قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خَاص باليهود ما ورد من حديث رافع ، وغيره من « النَّهْيِ عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ [ببعض ما] [٤] يَخْرُجُ منها» [٥] ؛ لأن المساقاة تَقْتَضِي جَوَازَ ذلك، وهو خَاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة ،، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ، ولا الشافعي ، أعني : بما جاء من « **أَنَّهُ ﷺ سَاقَاهُمْ عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الأَرْضُ ، وَالثَّمَرَةُ** » [٦] ، وهي زيادة صحيحة ، وقال بها أهل الظاهر .

* * *

الْقَوْلُ فِي صِحَّةِ الْمُسَاقَاة

[أركانُ المساقاة الأَرْبَعَةُ]

والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها [٧] ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها .

وأركانها أربعة : المحلُّ المخصوصُ بها ، والجزءُ الذي تَنْعَقِدُ عليه ، وَصِفَةُ العمل الذي تنعقد عليه ، والمدةُ التي تجوز فيها ، وتنعقد عليها .

---

(١) فى الأصل : أنه .
(٢) فى الأصل : واستفتوا .
(٣) تقدم .
(٤) فى ط : بما .
(٥) تقدم .
(٦) تقدم .
(٧) فى الأصل : أحكامها .

[مَحلُّ الْمُسَاقَاة ، واختلافُ الفقهاءِ فيه]

الركن الأول : في محل المساقاة : واختلفوا في مَحلِّ المساقاة : فقال داود : لا تكون المساقاةُ إلا في النخيل فقط ،، وقال الشافعي : في النخيل ، وَالْكَرْمِ فقط .

وقال مالك : تَجُوزُ في كل أصل ثابت ؛ كالرمان ، والتين ، والزيتون ، وما أشبه ذلك من غَيْرِ ضَرُورَة ، وتكون في الأصول غير الثابتة ؛ كالمقاثيء ، والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من الْبُقُولِ عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تُسْتَغَلَّ .

[عمدَةُ من قَصرَ مَحِلَّ الْمُسَاقَاة على النَّخْلِ]

فعمدة من قصره على النخل : أنها رخصة ، فوجب ألا يَتَعَدَّى إلى ما لم تثبت فيه السنة .

[مالكٌ يُعيدُهَا إلى غَيْرِ النَّخْلِ]

وأما مالك : فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سَبَبٌ عَام ، فوجب تعديةُ ذلك إلى الغير ، وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فُهِمَ هنالك أسبابٌ أَعَمُّ من الأشياءِ التي علقت الرخص بالنص بها .

وقوم منعوا القياسَ على الرُّخَصِ .

وأما داود فهو يمنع القياس [على الجملة] (١) ، فالمساقاة على أصوله مطردة .

[إجَازَةُ الشافعي الْمُسَاقَاةَ فِي الْكَرْمِ]

وأما الشافعي : فإنما أجازها في الكرم من قِبَلِ أن الْحُكْمَ في المساقاة هو بِالْخَرْصِ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم ، [وإن كان ذلك](٢) في الزكاة ، فكأنه قَاسَ المساقاةَ في ذلك على الزكاة ، والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ بَعَثَهُ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَخْرُصَ الْعنبَ ، وَتُؤَدَّى زَكَاتُهُ زَبِيباً ، كَمَا تُؤَدَّى زَكَاةُ النَّخْلِ تَمرًا** » (١٠٤٨) ،، ودفع داود حديث عتابَ بن أسيد؛ لأنه مرسل ،

---

(١) فى الأصل : جملة . (٢) سقط فى الأصل .

(١٠٤٨) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٧) كتاب الزكاة : باب فى خرص العنب ، الحديث (١٦٠٣) ، والدارقطنى (٢/ ١٣٣) كتاب الزكاة : باب فى قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار ، الحديث (١٨) ، والبيهقى (٤/ ١٢٢) كتاب الزكاة : باب كيف تؤخذ زكاة النخل والعنب ، من طريق عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد به ، وقد توبع عبد الرحمن بن إسحاق ، فأخرجه الترمذى (٣/ ٣٦) كتاب الزكاة : باب ما جاء فى الخرص ، الحديث =

ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق ، وليس بالقوي .

[إذا كانَ مَعَ النَّخْلِ أو مع الثمار أَرْضٌ بَيْضَاءُ]

واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء ، أو مع الثمار ، هل يجوز أن تُسَاقَى الأرضُ مع النَّخْلِ بجزء من النخل ، أو بجزء من النخل ، وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جوَازِ ذلك طائفةٌ ؛ وبه قال صاحبا أبي حنيفة ، والليث ، وأحمد ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وجماعة .

وقال الشافعي ، وأهل الظاهر : لا تجوزُ المساقاةُ إلا في التَّمْرِ فقط .

وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تَبَعاً لِلثَّمَرِ ، وكان الثمرُ أَكْثَرَ ذلك ، فلا بأس بِدُخُولِهَا في المساقاة، اشترط جُزْءاً خَارِجاً منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلثَ فما دُونَهُ ، أعني : أن يكون مقدار كِرَاءِ الأرض الثُّلُثَ من الثمر فما دونه ،

= (٦٤٤) ، وابن ماجه (١/ ٥٨٢) كتاب الزكاة : باب : خرص النخل والعنب ، الحديث (١٨٧٩) ، والدارقطنى (٢/ ١٣٣) كتاب الزكاة : باب : فى قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار ، الأحاديث (١٩/ ٢٢) ، والبيهقى (٤/ ١٢١) كتاب الزكاة : باب : كيف تؤخذ زكاة النخل والعنب ؟، من طريق محمد بن صالح التمار عن الزهرى به ، وقال الترمذى : حديث حسن غريب . وقد روى ابن جريج هذا الحديث عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة ، وسألت البخارى عن هذا فقال : حديث ابن جريج غير محفوظ ، وحديث سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد أصح .

وأخرجه البيهقى (٤/ ١٢٢) من طريق عباد بن إسحاق عن الزهرى .

وأخرجه الدارقطنى (٢/ ١٣٢) ، الحديث (١٦) و (١٧) من طريق عبد الرحمن بن عبد العزيز الإيامى ومن طريق محمد بن عبد الله بن مسلم كلاهما عن الزهرى به .

فالسند بهذا لا علة فيه بعد هذه المتابعات اللهم إلا الانقطاع بين سعيد بن المسيب وعتاب بن أسيد .

وقد رواه ابن المسيب عن المسور بن مخرمة عن عتاب ، أخرجه الدارقطنى (٢/ ١٣٢) رقم (١٧) من طريق الواقدى عن عبد الرحمن بن عبد العزيز عن الزهرى عن ابن المسيب به . والواقدى ضعيف .

وقال ابن أبى حاتم فى « العلل » (١/ ٢١٣) رقم (٦١٧) : سألت أبى وأبا زرعة عن حديث رواه عبد الله بن نافع الصايغ عن محمد بن صالح التمار عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عتاب عن أسيد : أن النبى ﷺ أمره أن يخرص العنب كما يخرص التمر ، فقالا : هذا خطأ » رواه عبد الرحمن ابن إسحاق عن الزهرى عن سعيد أن النبى ﷺ أمر عتاب بن أسيد . ورواه يونس بن يزيد فقال عن الزهرى أن النبى ﷺ أمر عتاب بن أسيد . ولم يذكر سعيد بن المسيب . قال أبو زرعة : الصحيح عندى عن الزهرى أن النبى ﷺ . ولا أعلم أحداً تابع عبد الرحمن بن إسحاق فى هذه الرواية قال أبى : الصحيح عندى والله أعلم عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : كان يخرص العنب كما يخرص التمر كذا رواه بعض أصحاب الزهرى .

ولم يجز أن يشترط رَبُّ الأرض أن يزرع البياض لنفسه ؛ لأنها زيادة ازدادها عليه ،، وقال الشافعي : ذلك جائز .

[حُجَّةُ من أجازَ الْمُسَاقَاةَ عليهما ، وَمَنْ لَمْ يُجزْ]

وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً ، أعني : على الأرض بِجُزْءٍ مما يخرج منها : حديث ابن عمر المتقدم.

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجزْ ذَلكَ : ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ (١) ، وقد تقدم ذلك ،، وقال أحمد بن حنبل : أحاديثُ رافعٍ مضطربةُ الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح .

[تحديدُ مالك ذلك بالثُّلُث]

وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسانٌ مبني على غير الأصول ؛ لأن الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد.

[اخْتِلافُهُمْ فِي الْمُسَاقَاةِ فِي الْبَقْلِ]

ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل : [فأجازها مالك ، والشافعي ، وأصحابه ومحمد بن الحسن ،، وقال الليث : لا تجوز المساقاةُ في الْبَقْلِ] (٢) ، وإنما أَجَازَهَا الجمهورُ؛ لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سَقْيٌ فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل : الإِبَارِ ، وغير ذلك ،، وأما الليث فيرى السَّقْيَ بالماء هو الفعلَ الذي تنعقد عليه المساقاةُ، ولمكانه وَرَدَتِ الرخصةُ فيهَا .

[العملُ فِي الْمُسَاقَاةِ ، وما يَجبُ على العامل في قول مالك]

الركن الثاني : وأما الركنُ الذي هو الْعَمَلُ : فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي ، والإبار ، واختلفوا في الْجُذَاذِ على من هو ، وفي سد الحظار ، وتنقية العين ، والسانية ،، أما مالك فقال في « الموطأ » : السنةُ في المساقاةِ التي يجوز لِرَبِّ الْحَائِطِ أن يشترطه سد (٣) الحظار ، وخمُّ العين ، وشرب الشراب ، وإبار النخل ، وقطع الجريد ، وجَذُّ الثمر ، هذا وأشباهه هو الذى على العامل ،، وهذا الكلام يحتمل أن يُفْهَمَ منه دخولُ هذه في المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيه بنفس العقد .

---

(١) تقدم . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : مثل .

[قَوْلُ الشَّافِعِيِّ]

وقال الشافعي : ليس عليه سد الْحِظَارِ ؛ لأنه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة، مثل : الإبار ، والسقي .

[قولُ محمد صاحب أبي حنيفة]

وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تَنْقِيَةُ السَّوَانِي والأنهار .

[قول مالك ، والشافعي في الجذاذ]

وأما الجذاذ ، فقال مالك ، والشافعي : هو على العامل ، إلا أن مالكاً قال : إن اشترطه العامل على رَبِّ المال جاز ،، وقال الشافعي : لا يجوز شَرْطُهُ ، وتنفسخ المساقاة إن وقع ،، وقال محمد بن الحسن : الجذاذُ بينهما نصْفَان .

[قولُ أصحابِ مالك في الْعَمَلِ فِي الْمُسَاقَاة]

وقال المحصلون من أصحاب مالك : إن العملَ في الحائطِ على وجهين : عمل ليس له تأثير في إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير في إصْلاحِهَا ، والذي له تأثيرٌ في إِصْلاحِهَا منه ما يتأبد ، ويبقى بعد الثمر ، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر ،، فأما الذي ليس له تأثيرٌ في إصلاح الثمر ، فلا يَدْخُلُ في المساقاة لا بنفس العقد ، ولا بالشرط إلا الشيء اليسير منه ،، وأما ما له تأثيرٌ في إصلاح الثَّمَرِ ، ويبقى بعد الثمر ، فيدخلُ عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد مثل : إنشاءِ حَفْرِ بِئْرٍ ، أو إنشاءِ ظَفِيرَةٍ لِلْمَاءِ ، أو إنشاء غَرْسٍ ، أو إنشاءِ بيت يجني فيه الثمر ،، وأما ما له تأثير في إصلاحِ الثمر ، ولا يَتَأَبَّدُ ، فهو لازمٌ بنفس العقد ؛ وذلك مثل : الحفرِ ، والسَّقْيِ ، وَزَبْرِ الْكَرْمِ ، وَتَقْلِيمِ الشَّجَرِ ، وَالتَّذْكِيرِ ، وَالْجُذَاذِ ، وما أشبه ذلك ،، وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب، والعبيد ؛ أنه ليس من حَقِّ العامل .

[إذا اشترطَ الْعَاملُ ذلك على الْمُسَاقِي]

واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي : فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة ، وأما إِنِ اشْتَرَطَ فيها [1] ما لم يكن في الحائط ، فلا يجوز . وقال الشافعي : لا بأس بذلك ، وإن لم يكُنْ في الحائط ؛ وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ،، وقال محمد بن الحسن: لا يجوز أن يَشْتَرِطَهُ الْعَامِلُ على رَبِّ الْمَالِ،

---

(١) فى الأصل : منها .

ولو اشترطه رَبُّ المال على الْعَامِلِ جاز ذلك ،، وَوَجْهُ كَرَاهِيَتِه ذلك ما يلحق في ذلك من الْجَهْلِ بِنَصِيبِ رَبِّ المال ،، ومن أجازه رأى أن ذلك تَافِهٌ ويسير .

وَلِتَرَدُّدِ الحكمِ بين هذين الأصلين (١) استحسن مالك ذلك (٢) في الرَّقِيقِ الذي يَكُونُ في الْحَائِطِ في وَقْتِ المساقاة ، ومنعه في غيرهم ؛ لأن اشتراطَ المنفعةِ في ذلك أظهر ،، وإنما فرق محمد بن الحسن ؛ لأن اشتراطها على العامل هو من جِنْسِ ما وَجَبَ عليه من الْمُسَاقَاة ، وهو العمل بِيَدِه ، واتفق القائلونَ بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة (٣) كُلُّهَا على رَبِّ الحائط ، وليس على العامل إلا ما يَعْمَلُ بيده - أَنَّ ذلك لا يَجُوزُ؛ لأنها إجارةٌ بما لم يُخْلَقْ . فهذه هي صفاتُ هذا الركن ، والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

[الجزءُ الذي تَجُوزُ عليه الْمُسَاقَاةُ مِنَ الثَّمرِ]

الركن الثالث : وأجمعوا على أن المساقاةَ تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر : فأجاز مالك أن تكون الثَّمَرَةُ كُلُّهَا للعامل ، كما فعل في القراض ،، وقد قيل : إن ذلك منحة لا مساقاة (٤) ،، وقيل: لا يجوز .

[مَا يَجُوزُ من اشتراط مَنْفَعَة زَائِدَةً]

واتفقوا على أنه لا يجوزُ فيها اشتراطُ منفعة زَائِدَة ، مثل : أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ، ولا شيئاً من الأشياء الْخَارِجَةِ عَنِ الْمُسَاقَاة إلا الشيء اليسير عند مالك ؛ مثل : سَدِّ الْحظَارِ ، وإصلاح الظفيرةِ ، وهي مجتمع الماء .

[الْمُسَاقَاةُ عَلَى حَائِطَيْنِ]

ولا يجوز عند مالك أن يساقي على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله - عليه الصلاة والسلام - في « خَيْبَرَ » (٥) وذلك أنه سَاقَى على حَوَائِطَ مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف .

[الْقِسْمَةُ بَيْنَ الْعَامِلِ وَالْمُسَاقِي بِالْكَيْلِ ، وَهل تجوز بِالْخَرْصِ ؟]

وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون إلا بالكيل، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بِالْخَرْصِ ،، وأجاز قوم قِسْمَتَهَا بِالْخَرْصِ ،

---

(١) فى الأصل : اللفظين .
(٢) سقط فى ط .
(٣) فى الأصل : المساقاة .
(٤) فى الأصل : قراض .
(٥) تقدم .

واختلف في ذلك أصحابُ مَالكٍ ، واختلفت الروايةُ عنه : فقيل : يجوز ،، وقيل : لا يجوز من الثمار في الربوية ، ويجوز في غير ذلك ،، وقيل : يجوز بإطلاق إذا اختلفت حاجةُ الشَّرِيكين .

وحجة الجمهور : أن ذلك يَدْخُلُهُ الفسادُ من جهة المزابنة ، ويدخله بَيْعُ الرُّطَبِ بالتمر، وبيع الطعامِ بالطعام نَسِيئَةً ،، وحجة من أجاز قِسْمَتَهَا بِالْخَرْصِ تشبيهاً بِالْعَرِيَّةِ ، وبالخرص [في الزكاة] (١) ، وفيه ضعف ،، وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الْخَرْصِ في مُسَاقَاةِ « خَيْبَرَ » من مرسل سعيد بن المسيّب ، وعطاء (٢) بن يسار (٣) .

[اشتراطُ الوقت في الْمُسَاقَاة]

الركن الرابع : وأما اشتراط الوقتِ في الْمُسَاقَاة فهو صِنْفَان : وقت هو مشترط (٤) في جَوَازِ المساقَاةِ ، ووقت هو شرط في صِحَّة الْعَقْد ، وهو المحدِّدُ لِمُدَّتِهَا .

[الْوَقْتُ المشترَطُ في جوَازِ عقْدهَا]

فأما الوقت المشترط في جواز عقدها : فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بُدُوِّ الصَّلاحِ ، واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح : فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يَجُوزُ بعد بُدُوِّ الصلاح ،، وقال سحنون من أصحاب مالك : لا بأس بذلك ،، واختلف قول الشافعي في ذلك : فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه : إنها لا تجوز إذا خُلِقَ الثَّمَرُ .

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ : أن مُسَاقَاةَ ما بَدَا صَلاحُهُ من الثمر ليس فيه عمل ، ولا ضرورةٌ داعيةٌ إلى المساقاة ؛ إذ كان يَجُوزُ بَيْعُهُ في ذلك الوقت ، قالوا : وإنما هي إجارة إن وقعت.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَهَا : أنها إذا جازت قبل أن يُخْلَقَ الثَّمَرُ فهي بعد بُدُوِّ الصَّلاحِ أَجْوَزُ، ومن هنا لم تَجُزْ عندهم مُسَاقَاةُ البقول ؛ لأنه يَجُوزُ بَيْعُهَا ، أعني : عند الجمهور.

[الْوَقْتُ الَّذِي هو شَرْطٌ في مُدَّة الْمُسَاقَاة]

وأما الوقتُ الذي هو شَرْطٌ في مدة (٥) المساقاة : فإن الجمهور على أنه لا يجوزُ أن يكُونَ مجهولاً ، أعني : مدة غير مؤقتة ،، وأجاز طائفةٌ أن يكُونَ إلى مُدَّةٍ غَيْرِ مؤقتة منهم أهل الظاهر .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : سليمان . (٣) تقدم .

(٤) فى الأصل : شرط . (٥) فى الأصل : هذه .

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ : ما يدخل في ذلك من الْغَرَر قياساً على الإجارة ،، وعمدة أهل الظاهر : ما وقَعَ في مرسل مالك من قوله ﷺ : « **أُقِرُّكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ** » (١) ، وكَرِهَ مالك المساقاةَ فيما طَالَ من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالجذ (٢) لا بالأهلَّة .

[هَلِ اللَّفْظُ شَرْطٌ في عَقْدِ الْمُسَاقَاة ؟]

وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد ؟ فاختلفوا في ذلك : فذهب ابن القاسم إلى أن من شَرْطِ صِحَّتِهَا ألا تنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تَنْعَقِدُ بلفظ الإجَارَةِ ؛ وبه قال الشافعي ،، وقال غيرهم: تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ ؛ وهو قياسُ قولِ سحنون .

* * *

الْقَوْلُ فِي أحكام (٣) الصِّحَّة

[مَتَى يَلْزَمُ عَقْدُ الْمُسَاقَاة ، وَهَلْ يُورَّثُ ؟]

والمساقاة عند مالك : من العقود اللازمة باللفظ [لا بالعمل] (٤) ، بخلاف الْقِرَاضِ عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ، وهو عند مالك عَقْدٌ مَوْرُوثٌ ، ولِوَرَثَة الْمُسَاقِي أن يأتوا بِأَمِين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعليه العملُ إن أبى الورثة من تركته (٥) ،، وقال الشافعي : إذا لم يَكُنْ له تَرِكَةٌ سَلَّمَ إلى الورثَة رَبُّ المال أُجْرَةَ ما عَمِلَ ، وفَسَدَ العقدُ ، وإن كانت له تَرِكَةٌ لزمته المساقاةُ ،، وقال الشافعي : تنفسخ المساقاة بالعجز ، ولم يُفَصِّلْ .

[إِذَا عَجَزَ الْعَامِلُ]

وقال مالك : إذا عجز وقد حَلَّ بَيعُ الثمر ، لم يكن له أن يُسَاقِيَ غَيْرَهُ ، ووجب عليه أن يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ ، وإن لم يكن له شيء اسْتُؤْجِرَ من حَظِّه مِنَ الثَّمَرِ .

[إذا كان الْعَامِلُ لصا أَوْ ظَالماً]

وإذا كان العاملُ لصا أو ظالماً لم ينفسخ العَقْدُ بذلك عند مالك ، وَحُكِيَ عن الشافعي أنه قال : يلزمه أن يُقِيمَ غَيْرَهُ للعمل ،، وقال الشافعي : إذا هرب (٦) العاملُ قَبْلَ تمامِ العمل ، اسْتَأْجَرَ القاضي عليه من يَعْمَلُ عَمَلَهُ .

[الْقَوْلُ في زكَاة الْمُسَاقَاة]

ويجوزُ عِنْدَ مَالك : أَنْ يَشْتَرِطَ كُلُّ وَاحد منهما على صَاحبه الزَّكَاةَ بخلاف الْقِرَاضِ، ونصابهما عنده نِصَابُ الرجل الواحد ، بخلاف قَوْلِه في الشُّرَكَاءِ .

---

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : بالإجارة . (٣) فى الأصل : إجارة .

(٤) فى الأصل : والعمل . (٥) فى الأصل : عمله . (٦) فى الأصل : حارب.

[الاخْتِلافُ فِي مِقْدَارِ مَا وَقَعَتْ عَلَيْه الْمُسَاقَاةُ]

وإذا اختلف رَبُّ المال والعامل في مِقْدَارِ ما وَقَعَتْ عليه المَساقاةُ من الثمر : فقال مالك: القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ،، وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون لِلْعَامِلِ الأُجْرَةُ ،، شبهه بالبيع ،، وأوجب مالكٌ اليمينَ في حَقِّ العامل ؛ لأنه مُؤْتَمَنٌ، ومن أصله أن اليمين تَجِبُ على أقوى المتداعِيَيْنِ شبهة .

وفروعُ هذا البابِ كثيرةٌ ، لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها .

* * *

أَحْكَامُ الْمُسَاقَاةِ الْفَاسِدَة

[متى تنفسخ المَساقاةُ ؟]

واتفقوا على أن المساقاة إذا وَقَعَتْ على غير الوجه الذي جَوَّزَهَا الشرعُ أنها تنفسخ ما لم تَفُتْ بالعمل .

[إذَا فَاتَتْ بِالْعَمَلِ مَاذَا يَجِبُ فِيهَا ؟]

واختلفوا إذا فاتت بالعمل مَاذَا يَجِبُ فيها ؟ فقيل : إنها تُرَدُّ إلى إجارة المثل في كل نَوْعٍ من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعي ، وقياس إحدى الروايتين عن مالك ،، وقيل : إنها تُرَدُّ إلى مُسَاقَاةِ المثل بِإِطْلَاقٍ ، وهو قول ابن الماجشون ، وروايته عن مالك،، وأما ابن القاسم فقال في بعضها : ترد إلى مُسَاقَاةِ مِثْلِهَا ، وفي بعضها : إلى إجارة المثل ، واختلف التأويل عنه في ذلك : فقيل في مذهبه : إنها ترد إلى إجارة المثل إلا في أربع مسائل ؛ فإنها ترد إلى مُسَاقَاة مِثْلِهَا :

إحداها : المساقاةُ في حَائِطٍ فيه تَمْرٌ قد أُطْعِمَ .

والثانية : إذا اشترط الْمُسَاقِي على رَبِّ المال أن يَعْمَلَ معه .

والثالثة : المساقاةُ مع الْبَيْعِ في صَفْقَةٍ وَاحِدَة .

والرابعة : إذا ساقاهُ فِي حَائطٍ سَنَةً على الثُّلُث ، وسنة على النِّصْفِ ،، وقيل : إن الأصلَ عنده في ذلك أن المساقاة إذا لَحِقَهَا الفساد من قِبَلِ ما دَخَلَهَا من الإجارة الفاسدة ، أو مِنْ بَيْعِ الثمر من قَبْلِ أن يَبْدُوَ صَلاحُهُ ؛ وذلك مما يشترطُهُ أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ من زيادة - رد فيها إلى أجرة المثل ، مثل : أن يُسَاقِيَهُ على أن يزيدَ أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم، وذلك أن هذه الزيادةَ إن كانت من رَبِّ الحائط كانت إِجَارَةً فَاسِدَةً، وإن كانت من العامل ، كانت بَيْعَ التَّمرِ قبل أن يُخْلَقَ .

وأما فَسَادُهُ من قِبَلِ الْغَرَرِ ، مثل : المساقاة على حَوَائِطَ مختلفة ، فيرد إلى مساقاة المثل، وهذا كله استحسان جَارٍ على غير قياس .

وفي المسألة قَوْلٌ رَابِعٌ : وهو أنه يرد إلى مُسَاقَاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شُرِطَ عَلَيْهِ إن كان الشرطُ لِلْمُسَاقِي ، أو أقل إن كان الشرط لِلْمُسَاقِي ،، وهذا كافٍ بحسب غرضنا .

تَمَّ والحمد لله

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليماً

كتاب الشركة (١)

(١) الشركة فى اللغة مصدر من الفعل الثلاثى : شرك يشرك شركاً ، أو اسم مصدر من الثلاثى المزيد: شارك يشارك مشاركة ، أو من المضعف : شرك يشرك تشريكا .

وفى لفظ الشركة لغات أشهرها ثلاثة هى : « شركة » بكسر فسكون « وشركة » بفتح فكسر «وشركة » بفتح فسكون .

قال ابن القطاع : يقال : شركتك فى الأمر أشركك شركا وشركة ، وحكى : بوزن نعمة وسرقة ، وحكى مكى لغة ثالثة : شركة بوزن تمرة ، وحكى ابن سيده : شركته فى الأمر وأشركته .

وقال الجوهرى : وشركت فلاناً : صرت شريكه ، واشتركنا ، وتشاركنا فى كذا ، أى : صرنا فيه شركاء ، والشرك بوزن العلم : الإشراك ، والنصيب .

والشركة واحدة : الشركات ، وواحد الشركاء : شريك ، يجمع على شركاء وأشراك ، ومعناها الاختلاط ، أو خلط الملكين ، أو مخالطة الشركين ، واشتراكهما فى شئ واحد .

وقيل : هو أن يوجد شئ لاثنين فصاعدا ، عينا كان ذلك الشئ أو معنى .

وقيل : أن يكون الشئ بين اثنين لا ينفرد به أحدهما .

وحاصل ما قيل : أن معنى الشركة فى اللغة : الاختلاط والامتزاج .

وقد ورد فى المعنى اللغوى قوله تعالى : ﴿ وأشركه فى أمرى ﴾ [طه : ٣٢] وقوله تعالى : ﴿فيه شركاء متشاكسون ﴾ [الزمر : ٢٦] وقوله ﷺ : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلأ والنار ».

أنظر : الصحاح : ٤/ ١٥٩٣ ، ومعجم مقاييس اللغة : ٣/ ٢٦٥ ، المصباح المنير ١/ ٤٧٤ ، النهاية فى غريب الحديث ٢/ ٤٦٦ ، لسان العرب ص ٢٢٤٨ ، ٢٢٥٠ ، تريب القاموس المحيط ٢/ ٧٠٤ ، مختار الصحاح ص ٣٣٦

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً ، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

وعرفها الشافعية بأنها : هى ثبوت الحق فى شئ لاثنين فأكثر ، على جهة الشيوع .

وعرفها المالكية بأنها : إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه فى التصرف فى ماله أو ببدنه لهما .

وعرفها الحنابلة بأنها : نوعان : اجتماع فى استحقاق ، أو فى تصرف ، والنوع الأول : شركة فى المال ، والنوع الثانى : شركة عقود .

انظر : تبيين الحقائق ٣/ ٣١٣ ، شرح فتح القدير ٦/ ١٥٢ ، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٣٢ =

... ...

= والمبسوط ١١/١٥١ ، مغنى المحتاج ٢/٢١١ ، مواهب الجليل ٥/١١٧ ، الكافى ٢/ ٧٨٠ ، كشاف القناع ٣/٤٩٦ ، المغنى ٥/ ١ .

حكمة مشروعية الشركة

الله سبحانه وتعالى خلق الخلق ، وهو عالم بضعفهم ، واحتياجهم لبعض ، وجعلهم مدنيين بطبعهم لا يستغنى أحدهم عن الآخر فى معاملتهم المالية ، والشارع الحكيم لم يترك باباً من أبواب المنفعة إلا طرقه وفتحه ، ولا سبيلاً من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها ، وحث عليها ، فمن ذلك الشركة لما فيها من معاونة الشركاء بعضهم بعضاً مالاً وبدنا ، فلو جرى الناس عليها ، وراعوا شروطها الشرعية لعم النفع ، وأزهرت رياض السعادة فى ربوعهم ، ولذا حث الشارع ، وندب إليها قال الله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ وقد أمر الله سبحانه وتعالى على لسان رسوله ﷺ بالتحلى بفضيلة الأمانة فيها لتحصل البركة لهم ، والمساعدة فى شركتهم : لأنها مدار نجاحها ، فقال ﷺ : قال الله تعالى : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر ، فإذا خانه خرجت من بينهما ».

ومعنى الحديث : أنا معينهما ومساعدهما ، ومبارك لهما فى مالهما وبدنهما .

ومن فوائد الشركة ترقية الأعمال التجارية ، وفروع الصناعات المختلفة ، وتكثير وسائل تنمية الثروة ؛ وبها أمكن مد السكك الحديدية فى أنحاء المعمورة ، وبناء المعامل الضخمة ، والقناطر المشيدة، والأساطيل التجارية الفخمة ؛ وبها نبغ المهرة فى جميع الحرف والصناعات حتى أمكن صنع كثير من لوازم الحياة ، وكمالياتها لسد حاجات الإنسان المتزايدة باستمرار ، وقد فطن لهذه أهله الغرب، وما سايرهم فتمسكوا بها ، وانتفعوا بفوائد هذه الشركات ، ونالوا منها الأرباح الطائلة ، والأموال الجمة ، وصار لهم فى كل بلد من بلدان العالم شركات كثيرة يرتبط بها أهم المصالح العامة التى لا يمكن الاسغناء عنها ، فوصلوا من ذلك إلى مآربهم المادية ، والاقتصادية ، والسياسية ، والقومية .

وبالجملة فهى مما عليه مدار انتظام مصالح الفقير والغنى والمالك والمعدم ، خصوصا المزارعة ، فإن حياة النوع الإنسانى والحيوانى متعلقة بالأرض ، وما أودع الله فيها من الخيرات والنعم الجليلة ، ولا يمكن للملاك ، وهم قليلون لا يستطيع أكثرهم العمل فى المزارعة ، وعمارة الأرض ، واستثمارها سد حاجات أنفسهم ، فضلاً عن سد حاجة المجتمع البشرى ، وحولهم الكثيرون ممن يستطيع العمل ، وحرث الأرض ، واستغلالها على الوجه المطلوب ، ولا ينقصهم إلا التمكن من أعمال الزراعة ، واستثمارها ، فكانت حاجة النوع الإنسانى ماسة إلى شركة المزارعة لتتوفر أسباب الحياة ، وتنتظم المصالح للنوع الإنسانى ، وتزول أكبر عقبة فى سبيل نمو الإنسان والحيوان ، فشرعت رحمة بالعباد ، ولطفاً بهم ﴿ إن الله بعباده رءوف رحيم ﴾ .

والشركة جائزة شرعاً ، والدليل على ذلك : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والعقل .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، حيث لا ناسخ ، فهذا دليل شركة الأموال ، وأما شركة الأبدان ، فيدل عليها قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شئ ، فأن لله خمسه ﴾ الأربعة الأخماس بين الغانمين على الشركة، وإنما كان ذلك بعمل أبدانهم .

وقال اللخمى ما نصه : الأصل فى الشركة قوله تعالى فى ولى اليتيم : ﴿ **وإن تخالطوهم** =

[النَّظَرُ فِي الشَّرِكَة]

والنظر في الشركة : في أنواعها ، وفي أركانها الموجبة للصِّحَّة في الأحكام ، ، ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلافُ فِيهِ بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب .

= فإخوانكم﴾ .

قالت عائشة - رضى الله عنها - : « هى اليتيمة تشارك فى أموالها » . رواه البخارى ومسلم .
وقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم . . . الخ ﴾ الآية .

وأما السنة : فما روى عن أبى داود بسنده إلى أبى هريرة - رضى الله عنه - عن رسول الله ﷺ : أن الله يقول : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر ، فإذا خانه خرجت من بينهما » ذكره عبد الحق وصححه بسكوته عنه ، والحاكم فى مستدركه . وحديث السفينة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « مثل القائم على حدود الله ، والمداهن فيها كمثل قوم استهموا سفينة فى البحر ، فأصاب بعضهم أعلاها ، وأصاب بعضهم أسفلها ، فكان الذين فى أسفلها يصعدون ، فيستقون الماء ، فيضيقون على الذين فى أعلاها ، فقال الذين فى أعلاها : لا ندعكم تصعدون ، فتؤذوننا ، فقال الذين فى أسفلها : فإننا نثقبها من أسفلها ، فنستقى ، فإن أخذوا على أيديهم ، فمنعوهم ، نجوا جميعاً ، وإن تركوهم غرقوا جميعا » .

وفى الصحيح : أن زهرة بن معبد ، كان يخرج به جده ، فيشترى الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير - رضى الله عنهم - فيقولان له : أى لجده عبد الله بن هشام : أشركنا ، فإن النبى ﷺ قد دعا لك بالبركة ، فيشركهما ، وربما أصاب الراحلة ، كما هى ، فيبعث بها إلى المنزل .

روى البخارى عن سليمان بن أبى مسلم قال : سألت أبا المنهال ، عن الصرف يدا بيد ، فقال : اشتريت أنا وشريك لى شيئا يداً بيد ، ونسيئة ، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه ، فقال : اشتريت أنا وشريكى زيد بن أرقم ، وسألنا النبى ﷺ عن ذلك فقال : « ما كان يداً بيد فخذوه ، وما كان نسيئة فردوه » .

قال ابن حجر : أى ما وقع لكم فيه التقابض فى المجلس ، فهو صحيح فأمضوه ، وما لم يقع لكم فيه التقابض ، فليس بصحيح فاتركوه .

قال صاحب « نيل الأوطار » عن أبى المنهال : إن زيد بن الأرقم ، والبراء بن عازب كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، وذكر بقية الحديث ، ثم قال : واستدل بهذا الحديث على جواز الشركة فى الدراهم والدنانير .

وعن أبى عبيدة عن عبد الله قال : اشتركت أنا ، وعمار ، وسعد فيما نصيب يوم « بدر » قال : فجاء سعد بأسيرين ، ولم أجئ أنا وعمار بشئ . رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه . وعن السائب بن أبى السائب أنه قال للنبى ﷺ : « كنت شريكى فى الجاهلية لا تداوينى ولا تمارينى » أى: لا تمانعنى ولا تحاورنى . رواه أبو داود وابن ماجه .

وأما الإجماع : فقد أجمع الناس قديما على جوازها من حيث الجملة ، ونقل ذلك إلينا نقلا متواتراً.

[أَنْوَاعُ الشَّرِكَة عِنْدَ الفقهاء ، وما اتفقوا عليه منها]

والشركةُ بالجملة عند فُقَهَاءِ الأمصار على أَرْبَعَة أنواع : شَرِكَةُ الْعِنَانِ ، وشركةُ الأَبْدَان، وشركةُ الْمُفَاوَضَة ، وشركة الْوُجُوه ، ، واحدة منها متفقٌ عليها ، وهي شركة الْعِنَان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اخْتَلَفُوا في بعض شُرُوطِهَا على ما سيأتي بعد إن شاء الله ، ، والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

الْقَوْلُ في شَرِكَة الْعِنَان

[أَرْكَانُ شَرِكَةِ الْعِنَانِ]

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال ، ، والثاني : في معرفة قَدْرِ الرِّبْحِ من قَدْرِ المال المشترك فيه ، ، والثالث : في معرفة قَدْرِ الْعَمَلِ من الشَّرِيكَيْنِ من قَدْرِ المال .

[مَحلُّ شَرِكَة الْعِنَان]

الركن الأول : فأما محل الشركة : فمنه ما اتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه : فاتفق المسلمون على أن الشَّرِكَةَ تجوزُ في الصِّنْفِ الواحد من العين ، أعني : الدنانير، والدراهم، وإن كانت في الحقيقة بَيْعاً لا تقع فيه مُنَاجَزَةٌ ، ومن شَرْطِ البيعِ في الذهب وفي الدراهم الْمُنَاجَزَةُ ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشَّرِكَة ، ، وكذلك اتفقوا - فيما أعلم - على [الشركة] (١) بالْعَرَضَيْنِ يكونانِ بصفة واحدة ، ، واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين ، وبالْعُيُون المختلفَة ، مثل : شركة بالدنانير من أحدهما ، والدراهم من الآخر ، وبالطعام الرِّبوي إذا كان صِنْفاً واحداً ، ، فههنا ثلاث مسائل .

[إذا اشْتَرَكَا في صِنْفَيْن من الْعُرُوضِ ، أو في عُرُوضٍ ودَرَاهِمَ ، أَوْ دَنَانِيرَ]

المسألة الأولى : فأما إذا اشتركا في صِنْفَيْنِ من الْعُرُوضِ ، أو في عروض ودراهم ، أو دنانير : فأجاز ذلك ابْنُ الْقَاسِمِ ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه : إنه كَرِهَ ذلك ، وسببُ الكراهية اجتماعُ الشَّرِكَة فيها والبيع ؛ وذلك [أن يكون] (٢) الْعَرْضَانِ مختلفَيْنِ، كأن كُلَّ واحد منهما بَاعَ جُزْءاً من عَرْضِه بجزء من العرض الآخر ، ، ومالك يعتبر في الْعُرُوضِ إذا وَقَعَتْ فيها الشركةُ القيمَ ، والشافعي يقول : لا تنعقد

(١) في الأصل : الشريكين .

(٢) في الأصل : إن كان .

الشَّرِكَةُ إلا على أَثْمَانِ العروض ،، وحكي أبو حامد : أن ظاهر مذهب الشافعي يشير إلى أن الشركة مثل الْقِرَاضِ لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير ، قال: والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مَقَامَ الْخَلْطِ .

[إِذَا كَانَ الصِّنْفَانِ لا يَجُوزُ فِيهِمَا النَّسَاءُ]

المسألة الثانية : وأما إن كان الصِّنْفَانِ مما لا تجوز فيهما النساء : مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما ، والدراهم من عند الآخر ، أو بِالطَّعَامَيْنِ المختلفين ، فاختلف في ذلك قَوْلُ مالك : فأجازه مَرَّةً ، ومنعه مَرَّةً ؛ وذلك لما يدخل الشركةَ بالدراهم من عند أحدهما ، والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معاً وعدم التَّنَاجُزِ ، ولما يدخُلُ الطَّعَامَيْنِ المختلفَيْن من الشَّرِكَةِ وعدم التناجز ، وبالمنع قال ابن القاسم ،، ومن لم يعتبر هذه العلل أَجَازَهَا .

[الشَّرِكَةُ بِالطَّعَامِ من صِنْف وَاحد]

المسألة الثالثة : وأما الشركة بالطعام من صنف واحد : فَأَجَازَهَا ابنُ القاسم قياساً على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب ، أو الفضة ،، ومنعها مالك في أحد قوليه ، وهو المشهور بعدم المناجزةِ الذي يدخل فيه ؛ إذ رأى أن الأصل هو ألا يقاسَ على موضع الرخصة بالإجماع ،، وقد قيل : إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تَفْتَقِرُ إلى الاستِوَاءِ في القيمة ، والبيعُ يَفْتَقِرُ إلى الاسْتِوَاءِ في الْكَيْلِ ، فافتقرت الشركةُ بالطعامين من صِنْفٍ واحد إلى استْوَاءِ القيمة والكيل ؛ وذلك لا يَكَادُ يُوجَدُ . فكره مالك ذلك. فهذا هو اختلافهم في جِنْسِ مَحلِّ الشَّرِكَة .

[هَلْ مِنْ شَرْطِ مَالِ الشَّرِكَة أن يَخْتَلطَ ؟]

واختلفوا هل من شَرْطِ مَالِ الشركة أن يختلط أو لا يختلط ؟ فقال مالك : إن شرط مال الشركة أن يختلطا إما حِسا ، وإما حكماً ؛ مثل أن يَكُونَا في صُنْدُوق وَاحد ، وأيديهما مطلقة عليهما ،، قال الشافعي : لا تَصِحُّ الشركة حتى يَخْلطَا مَالَيْهِمَا خلطاً لا يتميزُ به مَالُ أَحَدِهِمَا من مال الآخر ،، وقال أبو حنيفة : تَصِحُّ الشركة، وإن كان مالُ كُلٍّ واحد منهما بيده ،، فأبو حنيفة : اكتفى في انْعِقَادِ الشركة بالقول ، ومالك اشْتَرط إلى ذلك اشْتِرَاكَ التَّصَرُّفِ في المال ، والشافعي اشترط إلى هذين الاختلاطَ ، والفقه أن بالاخْتِلاطِ يكونُ عَمَلُ الشريكينِ أَفْضَلَ وَأَتَمَّ ؛ لأن النصح يوجد منه لشريكه ؛ كما يوجد لنفسه ،، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

[وَجْهُ اقْتِسَامِهِمَا الرِّبْحَ]

فأما الركن الثاني : وهو وجه اقتسامهما الربح : فإنهم اتفقوا على أنه إذا كَانَ الرِّبْحُ تَابِعاً لرءوس الأموال ، أعني : إن كان أصلُ مال الشركة متساويين ، كَانَ الرِّبْحُ بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ، وَيَسْتَوِيَان في الربح ؟ فقال مالك ، والشافعي : ذلك لا يجوز ،، وقال أهل « العراق » : يَجُوزُ ذَلِكَ .

وَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَ ذَلِكَ : أَنَّ [١] تَشْبِيهَ الرِّبْحِ بِالْخُسْرَانِ ، فكما أنه لو اشترط أحدهما على الآخر جزءاً من الخسران لم يَجُزْ ، كذلك إذا اشترط جُزْءاً من الربح خارجاً عن ماله، وربما شبهوا الربحَ بمنفعة العقار الذي بين الشريكين ، أعني : أن المنفعة بينهما تكون على نِسْبَةِ أَصْلِ الشَّرِكَةِ .

وعمدةُ أَهْلِ « الْعِرَاقِ » : تشبيهُ الشَّرِكَةِ بِالْقِرَاضِ ؛ وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل على جزء من الربح ما اصْطَلَحَا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملاً فقط ، كان في الشركة أَحْرَى أن يُجْعَلَ للعمل جُزْءٌ من المال إذا كانت الشركة مالاً من كل وَاحِدٍ منهما وعملاً ، فيكون ذلك الْجُزْءُ من الربح مقابلاً لفضل عمله على عَمَلِ صَاحِبِهِ، فإن الناس يَتَفَاوَتُونَ في العمل ؛ كما يتفاوتون في غير ذلك .

[الْعَمَل ، وهل هو تَابِعٌ للمال ، أو معتبر معه ؟]

وأما الركن الثالث : الذي هو العمل : فإنه تَابِعٌ - كما قلنا - عند مالك [٢] للمال فلا يعتبر بِنَفْسِهِ ،، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال ، وأظن أن من العلماء من لا يُجِيزُ الشركةَ إلاَ أن يكون مَالاهُمَا مُتَسَاوِيَيْنِ التفاتاً إلى العمل ، فإنهم يَرَوْنَ أن الْعَمَلَ في الغالب مُسْتَوٍ ، فإذا لم يكن المالُ بينهما على التساوي كان هنالك غَبْنٌ على أَحَدِهِمَا في العمل ،، ولهذا قال ابن المنذر [٣] : أجمع العلماءُ على جَوَازِ الشَّرِكَةِ التي يُخْرِجُ فيها كُلُّ واحد من الشريكين مَالاً مِثْلَ مَالِ صَاحِبِهِ من نوعه ، أعني : دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، ثم يخلطاهما حتى يَصيرا مالاً واحداً لا يتميز ، على أن يبيعا أو يشتريا ما رَأَيَا من أَنْوَاعِ التجارة ، وعلى أَنَّ ما كان من فَضْلٍ فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ؛ وذلك إذا بَاعَ كُلُّ واحد منهما بِحَضْرَةِ صاحبه ،، واشتراطُهُ هذا الشرطَ يدل على أن فيه خلافاً ،، والمشهور عند الجمهور ؛ أنه ليس من شَرْطِ الشُّرَكَاءِ أن يبيعَ كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

---

(١) سقط فى الأصل .　　(٢) سقط فى الأصل .　　(٣) فى الأصل : ابن المواز .

الْقَوْلُ في شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ
[مَنْ أَجَازَهَا ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْهَا]

اختلفوا في شركة المفاوضة : فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كان اختلفوا في بَعْضِ شُرُوطِهَا ،، وقال الشافعي: لا تجوز .

[مَعْنَى شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ]

ومعنى شركةِ المفاوضَةِ : أن يفوِّض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرفَ في ماله مع غيبته وحضوره ؛ وذلك وَاقِعٌ عندهم في جميع أنواع الممتلكات .

[عمدَةُ الشَّافعيِّ فِي عَدَمِ جوَازِ هَذِه الشَّرِكَةِ]

وعمدة الشافعي : أنَّ اسْمَ الشركة إنما ينطلق [1] على اخْتلاطِ الأموال ؛ فإن الأرباحَ فُرُوعٌ ، ولا يجوز أن تكُونَ الفروعُ مشتركةً إلا باشتراك أصولها ،، وأما إذا اشترطَ كل واحد منهما ربْحاً لصاحبه في مِلْكِ نَفْسِهِ ، فذلك من الْغَرَرِ ، ومما لا يجوز وهذه هي صفةُ شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ .

[عُمْدَةُ مَالِك فِي جوَازِهَا]

أما مالكٌ فيرى : أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بِجُزْءٍ من مال شريكه، ثم وَكَّلَ كلٌّ واحد منهما صَاحِبَهُ على النظر في الجزء الذي بقي في يَدِهِ .

والشافعي يرى : أن الشَّرِكَةَ لَيْسَتْ هِي بَيْعاً وَوكَالَةً .

[رَأيُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي جوَازِهَا]

وأما أبو حنيفة : فهو هنا على أصله في أنه لا يُرَاعِي في شَرِكَةِ الْعِنَانِ إلا النقد فقط.

[مَا اخْتَلَفَ فِيه مَالكٌ وأبو حنيفة في هذه الشركة]

وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شُرُوطِ هَذِه الشَّرِكَةِ : فإن أبا حنيفة يرى أن من شَرْطِ المفاوضة التساوي في رءوس الأموال ،، وقال مالك : ليس من شَرْطِهَا ؛ ذلك تشبيهاً بِشَرِكَةِ الْعِنَانِ ،، وقال أبو حنيفة : لا يكونُ لأحدهما شيءٌ إلا أن يدخل في الشركة .

---

(١) فى الأصل : تقع .

وعمدتهم أن اسْمَ الْمُفَاوَضَةِ يَقْتَضِي هَذَيْنِ الأمرين ، أعني : تساوي المالين وتعميم مِلْكِهِمَا (١) .

* * *

الْقَوْلُ فِي شَرِكَةِ الأَبْدَانِ
[مَنْ أَجَازَهَا ، وَمَنْ مَنَعَهَا]

وَشَرِكَةُ الأبدان بالجملة : عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ،، ومنع منها الشافعي .

[الشافعيُّ ، وعمدته في منعها]

وعمدة الشافعية : أن الشركة إنما تختص بِالأَمْوَالِ لا بالأعمال ؛ لأن ذلك لا ينضبط، فهو غَرَرٌ عندهم ؛ إذ كان كل واحد منهما مَجْهُولاً عند صاحبه .

[عُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ فِي جَوَازِهَا]

وعمدة المالكية : اشتراكُ الْغَانِمِينَ في الغنيمة ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل ، وما روي من أن ابن مسعود شَارَكَ سَعْداً يوم بدر، فأصاب سَعْدٌ فَرَسَيْنِ ، ولم يصب ابن مسعود شيئاً ، فلم ينكر النبي ﷺ عليهما (١٠٤٩) ،، وأيضاً فإن الْمُضَارَبَةَ إنما تَنْعَقِدُ على العمل ، فجاز أن تنعقد عليه الشَّرِكَةُ .

[دَلِيلٌ لِلشَّافِعِيِّ فِي مَنْعِهَا]

وللشافعي : أن [يقول : إنَّ] (٢) [المفاوضة] (٣) خارجة عن الأصول ؛ فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حُكْمُ الغنيمة خَارِجاً عن الشركة .

---

(١) فى الأصل : ملكيهما .

(١٠٤٩) ليس فى الحديث اطلاع النبى ﷺ على ذلك ، ولا عدم إنكاره ووهم ابن رشد فى قوله فرسين لكنه : رجلين ، أخرجه أبو داود (٣/ ٦٨١) كتاب البيوع : باب فى الشركة على غير رأس مال الحديث (٣٣٨٨) ، والنسائى (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع : باب الشركة بغير مال ، وابن ماجه (٢/ ٧٦٨) كتاب التجارات : باب الشركة والمضاربة ، الحديث (٢٢٨٨) ، والبيهقى (٦/ ٧٩) كتاب الشركة : باب الشركة فى الغنيمة ، كلهم من رواية أبى إسحاق عن أبى عبيدة عن عبد الله بن مسعود قال : «اشتركت أنا ، وعمار ، وسعد فيما نصيب يوم بدر ، قال : فجاء سعد بأسيرين ، ولم أجئ أنا وعمار بشئ » وقال ابن ماجه والبيهقى : « جاء سعد برجلين » .

(٢) سقط فى ط .

(٣) فى الأصل : المضاربة .

[مِنْ شَرْطِهَا عِنْدَ مَالك ، وقولُ أبي حنيفة فيها]

ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين (١) والمكان ،، وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصَّنْعَتَيْنِ (٢) ، فيشترك عنده الدَّبَّاغُ ، والْقَصَّارُ ، ولا يشتركان عند مالك .

وعمدة مالك : زيادةُ الْغَرَرِ الذي يكون عند اخْتِلاف الصنعتين ، أو اختلاف المكان.

وعمدةُ أبي حنيفة : جَوَازُ الشَّرِكَةِ عَلَى الْعَمَلِ .

* * *

الْقَوْلُ في شَرِكَةِ الْوُجُوه

[مَنْ مَنَعَهَا ، وَمَنْ أَجَازَهَا]

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة ،، وقال أبو حنيفة : هي جائزة .

[تعريفُ هَذِهِ الشَّرِكَة]

وهذه الشركة هي : الشركة على الذِّمَم من غير صنعة ، ولا مال .

[عمدةُ مَنْ مَنَعَهَا]

وعمدة مالك والشافعي : أن الشركة إنما تتعلق على المال ، أو على العمل ، وكِلاهُمَا مَعْدُومَان في هذه المسألة مع ما في ذلك من الغرر ؛ لأن كل واحد منهما عَاوَضَ صَاحِبَهُ بِكَسْبٍ غَيْرِ مَحْدُودٍ بصناعة ، ولا عمل مَخْصُوصٍ.

[عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهَا]

وأبو حنيفة : يعتمد (٣) أنه عَمَلٌ من الأعمال ، فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

* * *

« الْقَوْلُ في أَحْكَامِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَة »

[الشَّرِكَةُ مِنَ الْعُقُودِ الجائِزَةِ لا اللازمة]

وهي من الْعُقُودِ الجائزةِ لا من العقود اللازمة ، أي : لأحد الشريكين أن ينفصل من الشَّرِكَةِ متى شاء .

---

(١) فى الأصل : الصنفين . (٢) فى الأصل : الصنفين . (٣) فى الأصل : يعتبر .

[بَعْضُ أَحْكَامِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَةِ]

وهي عَقْدٌ غَيرُ مَوْرُوثٍ ، ونفقتهما ، وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا في الْعِيَال ، ولم يخرجا عن نفقة مثليهما (١) ، ويجوز لأحد الشريكين (٢) أن يبضع(٣) ، وأن يُقَارِضَ، وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يَهَبَ شيئاً من مال الشركة ، ولا أن يتصرَّفَ فيه [إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما ، وأما من قَصَّرَ في شَيْءٍ، أو تعدى فهو ضَامِنٌ ؛ مثل أن يَدْفَعَ مالاً من التجارة فلا يشهد ، وينكره] (٤) الْقَابِضُ ، فإنه يضمن ؛ لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشيءَ المعيبَ في الشِّرَاء ،، وإقرار أَحَدِ الشريكَيْنِ في مَالٍ لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجوز إِقَالَتُهُ وتوليته . ولَا يَضْمَنُ أحدُ الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق . ولا يجوزُ للشريك المفاوض أن يقارض (٥) غيره إلا بإذن شريكه ، ويتنزل كُلٌّ واحد منهما مَنْزِلَةَ صاحبه فيما له ، وفيما عليه في مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

تَمَّ والحمد لله

* * *

(١) فى ط : مثلهما .
(٢) فى الأصل : المتفاوضين .
(٣) فى الأصل : يضع .
(٤) سقط فى الأصل .
(٥) فى الأصل : يفاوض .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليماً

« كِتَابُ الشُّفْعَةِ » (١)

(١) الشفعة لغة : قال صاحب « المطالع » : الشفعة : مأخوذة من الزيادة ؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه ، هذا قول ثعلب ، كأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشافع : هو الجاعل الوتر شفعاً ، والشفيع : فعيل بمعنى فاعل ، فهى لغة : الضم ، يقال : شفعت الشئ ، ضممته إلى غيره ... ومناسبة هذا المعنى الشرعى أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه .

وقيل : من الشفع ضد الوتر ، لأن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته ، فيصير ان شفعاً ، وقد كانت حصته وتراً .

وقيل : من الشفاعة ؛ لأن الرجل فى الجاهلية كان إذا أراد بيع دار أتاه شريكه ، فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله أولى به من غيره ، وهذا قول محمد بن قتيبة فى « غريب الحديث » .. وفى «المصباح » : « شفعت الشئ شفعا من باب نفع : ضممته إلى الفرد ، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة ، وهى مثال غرفة ؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها ، وهى اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشئ الملقوم ، وتستعمل بمعنى « التملك » لذلك الملك ، ومنه قولهم : «من ثبت له شفعة ، فأخر الطلب بغير عذر ، بطلت شفعته » ، ففى هذا المثال جمع بين المعنين ، فإن الأولى للمال ، والثانية للتملك .

انظر : الصحاح ١٢٣٨/٣ ، المغرب ٢٥٣ ، المصباح المنير ٤٨٥/١

اصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع ، وتثبت للشفيع بالثمن الذى بيع به ، رضى المتبايعان أو شرطا .

وعرفها الشافعية بأنها : حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

وعرفها المالكية بأنها : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه .

وعرفها الحنابلة بأنها : استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها .

انظر : الاختيار ٥٦/٢ ، حاشية ابن عابدين ١٣٧/٥ ، فتح القدير ٣٦٨/٩ ، المبسوط ٩٠/١٤ ، حاشية البجيرمى ١٤٥/٣ ، مغنى المحتاج ٢٩٦/٢ ، منح الجليل ٥٨٢/٣ ، الانصاف ٢٥٠/٦ ، الكافى ٤١٦/٢ .

والشفعة ثابتة بالسنة والإجماع :

أما السنة : فما روى عن جابر رضى الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة » .

... ...

= وخبر مسلم : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه ، أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يأذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باع ، ولم يؤذنه ، فهو أحق به ».

وللبخارى : « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم » .

وأجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك ، الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض ، أو دار ، أو حائط ، ولم يخالف فى ذلك إلا الأصم وابن علية ، فإنهما أبطلاها ردا للإجماع ، وتمسكا بظاهر قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم ، إلا بطيب نفس منه » ، وذهابا منهما إلى أن فى إثبات الشفعة إضرار بأرباب الأملاك ؛ لأن المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك . وهذا منهما ليس بشئ ، لأن ما روى فى الشفعة - وإن كان آحاداً - فالعمل به مستفيض ، يصير الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد ، والعلم بشرعيته واقع، وليس فى قول النبى ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم . . . . الخ » ما يمنع من الشفعة ؛ لأن المشترى يعاوض عليها فيصل إلى حقه ، فلا استحلال ولا شئ .

فأما قولهما : « إن فى إثباتهما إضرار بأرباب الأملاك » فيجاب عنه بأنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدمون من يشترى منهم غير شركائهم ، ولم يمنعهم من الشراء استحقاق الشفعة ، وبأنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم ، فسقط استحقاق الشفعة .

وأما حكمة التشريع :

فلما كان الإسلام دين العدالة والنظام ، وضع قوانينه على أتم إحكام ، وأقوم طريق ، فإن من تدبر المقاصد الإسلامية الحقة ، والحكم الشرعية الصحيحة ، أدرك بلا شك أن السعادة فى التمسك بتعاليمه، نعم يدرك المنصف بلا ريب أن مقاصد الدين الإسلامى ترمى إلى تعميم المعاملات والإخاء، وتخويل عموم الأفراد حرية محضة محدودة بحدود الحكمة ، بحيث تكفل حفظ الحياة الاجتماعية ، ما دام فى الوجود موجود ، وهى مانعة من الإفراط والتفريط ، وهذه أقصى درجات المدنية ، فهل يتخيل متخيل حسن معاملة أجل وأعظم من معاملة الإسلام ؟

لا جرم أن الدين الإسلامى أسست مبادئه على قواعد الحكمة والسداد ، فقد ربط معاملات جميع الخلق بأحكامه الإلهية ، فبين الحدود ، والحقوق والواجبات ، فياله من دين يراعى المصالح ، فوضعه لها التشريع المحقق لها ، والكفيل بحراستها ، نعم وضع للمعاملات أنظمة تضمن للناس - إذا ما ساروا على وفقها - حياة هنيئة مرضية ، مع المحافظة على مالهم من حقوق فى الحياة ، فأنت كلما قلبت النظر في أى ناحية من نواحيه ، وجدته المشرع الحكيم ، والمصلح الأمين ، ولا غرو فقد وضعه خالق البشر ، ومكون الفطر ، وهو العليم الخبير .

تأمل كيف شرع الله الشفعة على لسان نبيه ﷺ للشريك ، تجد فى هذا التشريع المثل الأعلى ، والحكمة البالغة منتهى الرأفة والإحسان ، إن من محاسن الشريعة الإسلامية وعدلها ، وقيامها بمصالح العباد ، ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يكن رفعه إلا بضرر أعظم منه ، بقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه ، رفعه به .

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض - شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة ، وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة =

[النَّظَرُ فِي الشُّفْعَةِ]

والنظر في الشفعة أولاً ينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : في تَصْحِيحِ هذا الحكم ، وفي أركانه .

القسم الثاني : في أَحْكَامه .

[وُجُوبُ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ]

القسم الأول : فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ؛ لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بَيْعَ الشِّقْصِ المشاعِ ،، وأركانها أربعة : الشَّافِعُ ، وَالْمَشْفُوعُ عَلَيْه ، والمشفوعُ فيه ، وصفةُ الأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ .

[الشَّافِعُ ، وَلِمَنْ تَكُونُ الشُّفْعَةُ]

الركن الأول : وهو الشافع : ذهب مالك ، والشافعي ، وأهل « المدينة » إلى أن لا شفعةَ إلا للشريك [١] ما لم يقاسم .

= وانفراد أحد الشريكين بالجملة ، إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك ، فإذا أراد بيع نصيبه ، وأخذ عوضه ، كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول ، والفطر ومصالح العباد ، والضرر الذى قصد الشارع رفعه بالشفعة ، هو الضرر اللاحق بالقسمة ؛ لأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة ، كان عليه فى ذلك من المؤنة ، والكلفة ، والغرامة ، والضيق فى مرافق المنزل ما هو معلوم ، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها ، وبأى موضع شاء منها ، فإذا قدرت الحدود ضاقت به الدار ، وقصر على موضع منها ، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء فيه ، فمكنه الشارع بحكمته ، ورحمته من رفع هذا الضرر عن نفسه ، بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى ، الذى يريد الدخول عليه ، وحرم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه ، حتى يؤذن شريكه، كى يسود الصفاء ، وترتبط جماعة الناس بحبل من التعاطف والتآزر ، ويرتفع الضرر الذى عنى الإسلام باستئصاله .

قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » بل محبة وإخاء ، وألفة ووئام ، فسبحان من شرع على لسان نبيه ﷺ من الأحكام ، ما حافظ به على مصالح العباد ، وهو الرءوف الرحيم .

(١) أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك ، الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض ، أو دار ، أو حائط ، ولم يخالف فى ذلك إلا الأصم وابن علية ، فإنهما أبطلاها ردا للإجماع ، وتمسكا بظاهر قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم ، إلا بطيب نفس منه » ، وذهابا منهما إلى أن فى إثبات الشفعة إضرار بأرباب الأملاك ؛ لأن المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك ، وهذا منهما ليس بشئ ؛ لأن ما روى فى الشفعة – وإن كان آحاداً – فالعمل به مستفيض ، يصير الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد ، والعلم بشرعيته واقع=

... ...

= وليس فى قول النبى ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم . . . . الخ » ما يمنع من الشفعة ؛ لأن المشترى يعاوض عليها فيصل إلى حقه ، فلا استحلال ولا شئ .

فأما قولهما : « إن فى إثباتهما إضرار بأرباب الأملاك » فيجاب عنه بأنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدمون من يشترى منهم غير شركائهم ، ولم يمنعهم من الشراء استحقاق الشفعة ، وبأنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم ، فيسقط استحقاق الشفعة .

ولما كانت الشفعة ثابتة على خلاف الأصل ؛ إذ هى انتزاع ملك المشترى بغير رضاه ، وإجبار له على المعاوضة ، لكن الشرع أثبتها لمصلحة راجحة ، فلا تثبت إلا إذا كان الملك مشاعًا غير مقسوم . فأما الجار فلا شفعة له ؛ وبه قال كثير من الصحابة والتابعين ، كعمر ، وعثمان ، وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الأنصارى ، ومن الفقهاء مالك ، والأوزاعى ، وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة وصاحباه : يقدم الشريك ، فإن لم يكن وكان الطريق مشتركا ، كدرب لا ينفذ ثبتت الضفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب ، فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة ، واحتجوا على ذلك :

« أولاً » : بما روى أبو رافع ، قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بصقبه » رواه البخارى ، وأبو داود .

« ثانياً » : بما روى الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار » ، رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

« ثالثا » : بما روى عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحداً » .

« رابعاً » : بما روى عمرو بن الشريد عن سويد عن أبيه أنه قال للنبى ﷺ : « إن أرضا بيعت ليس فيها قسم ، ولا شرك » فقال النبى ﷺ : « أنت أحق بشفعة جارك يا شريد » .

قالوا : ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد ، فثبتت الشفعة فيه كالشريك ؛ ولأن الشفعة إنما وجبت للشريك خوفاً من سوء عشرة الداخل عليه ، وهذا المعنى قد يوجد فى الجار ، فيقتضى أن تجب له ؛ كما وجبت للشريك .

« ودليلنا » : ما تقدم من الأحاديث ، فحديث جابر أفاد حصر الشفعة فيما لم يقسم ، فما قسم لا شفعة فيه ، ثم صرح بعد ذلك بنفى الشفعة فيما لم يقسم عن الجار بقوله : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ، فالحديث قد دل على نفى الشفعة عن الجار بطريقين :

بطريق مفهوم المخالفة كما فى صدره ، وبطريق المنطوق كما فى عجزه .

وأيضاً اللام فى الحديث للجنس ، والمعرف بها يفيد الحصر ، فاقتضى حصر الشفعة فيما لم يقسم؛ كقول النبى : « الأئمة من قريش » ، فإنه قصر الأئمة على كونهم من قريش ، وتقدم ما يتعلق بالحديث الثانى .

والحديث الثالث : قد صرح فيه بإنما ، وهى تفيد إثبات ما اتصل ، ونفى ما انفصل عنها ؛ كقوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات » .

ومن طريق القياس ، هو أن تمييز المبيع يمنع من وجوب الشفعة فيه ؛ كالذى بينهما طريق نافذة ، ولأن الشفعة إنما ثبتت لرفع الضرر لا لجلبه ، وفى إيجابها للجار ضرر داخل على صاحب الملك ، =

... ...

= من حيث إنه يتقاعد بالمالك حتى يبذل له البخس من الثمن ، لعلمه بأن غيره لا يقدم على الشراء ، مع علمه بشفعته ، وهذا المعنى غير موجود فى المشترك ؛ لأن الشريك قادر على رفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه ، وما كان موضوعاً لرفع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر ، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو : أن الشريك ربما دخل عليه شريك يتأذى به ، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك ، بنقص قيمة ملكه ، وما يحتاجه من إحداث المرافق ، وهذا لا يوجد فى المقسوم .

أما حديث أبى رافع ، فليس بصريح فى الشفعة .

قال البغوى : « ليس فى هذا الحديث ذكر الشفعة ، فيحتمل أنه أراد به الشفعة ، ويحتمل أنه أراد أنه أحق بالإحسان والصلة والعبادة ، وما إلى ذلك من أنواع البر والمعونة ، وخبرنا صريح فيقدم ، وبقية الأحاديث فى إسنادهما مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ، وقد اختلفوا فى لقاء الحسن سمرة ، فقال بعضهم : « لم يلقه » ، وقال بعضهم : « لقيه ، ولم يرو عنه إلا حديث العقيقة » ، قاله أصحاب الحديث .

فهذه الأحاديث مع ما فيها من المقال والاضطراب ، لا تنتهض لمعارضة الأحاديث القاضية بنفى شفعة الجار .

قال ابن المنذر : « الثابت عن رسول الله حديث جابر الذى رويناه ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال ، ثم لو سلم استدلالهم بهذه الأحاديث ، فهى محمولة على الجار الأخص ، وهو الشريك ؛ لأن اسم الجوار يختص بالقريب ، والشريك أقرب من اللصيق ، فكان أحق باسم الجوار .

وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربها . قال الشاعر :

أجارتنا بينى فإنك طالقة　　　　........................

قال الأعشى : « وتسمى الضرتان جارتين ، لاشتراكهما فى الزوج » .

قال حمل بن مالك : « كنت بين جارتين لى ، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح ، فقتلتها وجنينها » .

وقول بعض الحنفية : إنه يلزم الشافعية القائلون بحمل اللفظ على حقيقته ، ومجازه أن يقولوا بشفعة الجار ؛ لأن الجار حقيقة فى المجاور ، مجاز فى الشريك .

« يجاب عنه » : بأن محل ذلك عند التجرد عن القرينة ، وقد قامت القرينة على هذا المجاز ، فاعتبر الجمع بين حديثى جابر وأبى رافع ، فحديث جابر صريح فى اختصاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبى رافع متروك الظاهر اتفاقاً ، وإلا اقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد ، حتى من الشريك ، والذين قالوا بشفعة الجار قالوا بتقديم الشريك .

وأما قياسهم على المشترك فقياس مع الفارق ، لانعدام المعنى الذى من أجله ثبتت للشريك ، وهو رفع ضرر مؤنة القسمة فى الجار .

وعن قولهم : إنها وجبت فى الخلطة خوفاً من سوء العشرة ، وقد يوجد ذلك بالنسبة للجار ، فهو أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان فأمكن رفعه ، وهى إنما وجبت لرفع ضرر لا يمكن رفعه إلا بها، وليس ذلك إلا مؤنة القسمة ؛ لأنها حق لا يمكن دفعه عند طلبها إلا بالشفعة ، ثم لو فرضنا أن الجار=

وقال أهل « العراق » : الشفعة مرتبة ، فَأَوْلَى الناسِ بالشُّفْعَةِ الشريك الذي لم يُقَاسِمْ، ثم الشريكُ المقاسمُ إذا بقيت في الطرق ، أو في الصحن شركة ، ثم الجارُ الملاصِقُ .

وقال أهل « المدينة » : لا شفعة للجار ، ولا للشريك الْمُقَاسِمِ .

[عُمْدَةُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أن الشُّفْعَةَ للشَّرِيكِ مَا لَمْ يُقَاسِمْ]

وعمدة أهل « المدينة » : مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وسعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ : « **قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ بَيْنَهُم فَلا شُفْعَةَ** » (١٠٥٠) .

وحديث جابر أيضاً : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، فَلا شُفْعَةَ** » (١٠٥١) ، ، خرجه مسلم ، والترمذي ، وأبو داود ، ، وكان أحمد ابن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن [عن

= لا يطلق فى اللغة إلا على من كان ملاصقاً غير مشارك ، فينبغي تقييد الجوار باتحاد الطريق ، كما أفادة رواية جابر ، وفيها : « إذا كان طريقهما واحدة » ، ومقتضى هذا عدم ثبوت الشفعة بمجرد الجوار، وبذلك قال بعض الشافعية ، ويؤيده أن شرعية الشفعة إنما هى لدفع الضرر ، وهو إنما يحصل فى الغالب مع المخالطة فى الشئ المملوك ، أو فى طريقه ، إذ لا ضرر على جار لم يخالط فى أصل أو طريق إلا نادراً واعتبار هذا النادر يستلزم ثبوت الشفعة للجار مع عدم الملاصقة ، لأن حصول الضرر له قد يقع فى بعض الحالات ، كحجب الشمس ، والاطلاع على العورات ، ونحوهما من الروائح الكريهة التى يتأذى بها ، ورفع الأصوات ، وسماع بعض المنكرات ولا قائل بثبوت الشفعة لمن كان كذلك ، والضرر النادر غير معتبر ، لأن الشارع إنما علق الأحكام بالأمور الغالبة .

(١٠٥٠) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧١٣) كتاب الشفعة : باب ما تقع فيه الشفعة ، الحديث (١) مرسلاً ، وأخرجه الشافعى (٢/ ١٦٤ - ١٦٥) كتاب الشفعة ، الحديث (٥٧١) ، وأخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢١) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، والبيهقى (٦/ ١٠٣) كتاب الشفعة : باب الشفعة فيما لم يقسم . « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فى الدور والأرضين ، ما لم تقسم ، فإذا قسمت ، وافترقت فيها الحدود ، فلا شفعة فيها » .

(١٠٥١) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٦) كتاب الشفعة : باب الشفعة فيما لم يقسم ، الحديث (٢٢٥٧)، وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٤ - ٧٨٥) كتاب البيوع والإجارات : باب فى الشفعة ، الحديث (٣٥١٤) ، والترمذى (٣/ ٦٥٢ - ٦٥٣) كتاب الأحكام : باب ما جاء إذا حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة، الحديث (١٣٧٠) وابن ماجه (٢/ ٨٣٥) كتاب الشفعة : باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، الحديث (٢٤٩٩) ، وأحمد (٣/ ٢٩٦) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار » (٤/ ١٢٢) كتاب الشفعة: باب الشفعة بالجوار ، والبيهقى (٦/ ١٠٢) كتاب الشفعة : باب الشفعة فيما لم يقسم ، وابن الجارود (٢١٦ - ٢١٧) باب ما جاء فى الشفعة ، وأبو داود الطيالسى ص (٢٣٥) الحديث (١٦٩١) ، وأحمد (٣/ ٣٧٢).

مالك] (١) أصح ما روي في الشُّفْعَة ،، وكان ابن معين يقول : مُرْسَلُ مالك أحبُّ إليَّ؛ إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً ، وقد جعل قَوْمٌ هذا الاختلاف على(٢) ابن شهاب في إسناده تَوْهِيناً له ، وقد رُوِيَ عن مالك في غير « الموطأ » عن ابن شهاب عن أبي هريرة (٣) .

ووجهُ اسْتِدْلالِهِمْ من هذا الأثر ما ذُكِرَ فيه من أنه إذا وَقَعَت الْحُدُودُ فَلا شُفْعَةَ؛ وذلك أنه إذا كانت الشفعةُ غيرَ واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى ألا تَكُونَ وَاجِبَةً للجار ، وأيضاً فإن الشَّرِيكَ الْمُقَاسِم هو جَارٌ إذا قَاسَمَ .

[عُمْدَةُ أَهْلِ « الْعِرَاقِ » فِي قَوْلِهِمْ : إن الشفعة مرتبة]

وعمدة أهل العراق : حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال : « **الْجَارُ أَحَقُّ [بصقبه]**(٤) » (١٠٥٢) ، وهو حديث متفق عليه ،، وخرج الترمذي ، وأبو داود عنه - عليه الصلاة

---

(١) سقط فى الأصل .
(٢) فى الأصل : عن .
(٣) تقدم .
(٤) فى الأصل : بالشفعة .

(١٠٥٢) أخرجه البخارى (٤/ ٤٣٧) كتاب الشفعة : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، الحديث (٢٢٥٨) ، وكذلك الشافعى (٢/ ١٦٥) كتاب الشفعة ، الحديث (٥٧٤) ، وأحمد (٦/ ١٠ ، ٣٩٠) ، وأبو داود (٣/ ٧٨٦) كتاب البيوع والإجارات : باب فى الشفعة ، الحديث (٣٥١٦) ، والنسائى (٧/ ٣٢٠) كتاب البيوع : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة: باب الشفعة بالجوار ، الحديث (٢٤٩٥) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٣ ، ١٢٤) كتاب الشفعة: باب الشفعة بالجوار ، والدارقطنى (٤/ ٢٢٢ ، ٢٢٣) كتاب الأقضية ، الحديث (٧٠) ، (٧١)، (٧٢) ، والبيهقى (٦/ ١٠٥ ، ١٠٦) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، وأبو نعيم فى تاريخ أصبهان (١/ ٧٩) من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عمر بن الشريد قال : « وقفت على سعد بن أبى وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبيَّ ، إذ جاء أبو رافع مولى النبى ﷺ فقال : يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك ، فقال سعد : والله ما أبتاعها ، فقال المسور : والله لتبتاعنهما، فقال سعد : والله ، لا أزيدك له على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أنى سعت رسول الله يقول : الجار أحق بسقيه ما أعطيكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها إياه » ، وخالفه عمرو بن شعيب فقال عن عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد ابن سويد عن النبى ﷺ أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٧/ ١٦٨) كتاب البيوع والأقضية : باب من كان يقضى بالشفعة للجار ، الحديث (٢٧٧١) ، والنسائى (٧/ ٣٢٠) كتاب البيوع : باب الشفعة وأحكامها ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٤) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، الحديث (٢٤٩٦) والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٤) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار كلهم من طريق حسين المعلم به ، وأخرجه ابن الجارود فى المنتقى (٢١٧) باب فى الشفعة ، الحديث (٦٤٥) ، والبيهقى فى السنن (٦/ ١٠٥) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، وأحمد (٤/ ٣٨٩) ،وعبد الرازق (٨/ ٧٧) ، والدارقطنى (٤/ ٢٢٤) من طريق عبد الله بن عبد الرحمن الطائفى عن عمرو بن الشريد عن أبيه =

... ...

= أن رسول الله ﷺ قال : « الجار أحق بسقبه » ، قال أبو نعيم : قلت لعمرو : ما سقبه ؟ قال : الشفعة ، وقد أشار الترمذى فى سننه (٣/ ٦٥١) كتاب الأحكام : باب ما جاء فى الشفعة ، الحديث (١٣٦٨) إلى طريق عبد الله بن عبد الرحمن هذه وقال : (إنه حديث حسن) ، ثم ذكر طريق إبراهيم بن ميسرة السابقة عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع ، وقال : سمعت محمداً - يعنى البخارى - يقول : كلا الحديثين عندى صحيح ، وفى الباب عن جابر وابن عباس وسمرة بن جندب وأنس وعلى وابن مسعود وعمرو بن حريث وعبد الله بن عمر بن الخطاب ويزيد پن الأسود .

حديث جابر :

رواه أبو داود الطيالسى (٢٣٤) الحديث (١٦٧٧) ، وأحمد (٣/ ٣٥٣) ، وأبو داود (٣/ ٧٨٧ ، ٧٨٨) كتاب البيوع والإجارات : باب الشفعة ، الحديث (٣٥١٨) ، والترمذى (٣/ ٦٥١) كتاب الأحكام : باب الشفعة للغائب الحديث (١٣٦٩) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، الحديث (٢٤٩٤) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٠) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار ، والبيهقى (٦/ ١٠٦) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار كلهم من رواية عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ، ينتظر به وأن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » وقال الترمذى : هذا حديث حسن غريب ، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جابر ، وقد تكلم شعبة فى عبد الملك بن أبى سليمان من أجل هذا الحديث . وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث . وروى ابن المبارك عن سفيان الثورى قال : عبد الملك بن أبى سليمان ميزان ، يعنى فى العلم .

وحديث ابن عباس :

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٣) كتاب الشفعة : باب من باع رباعاً ، فليؤذن شريكه ، الحديث (٢٤٩٣) من طريق يزيد بن هارون أنبأنا شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال : «من كانت له أرض ، فأراد بيعها فليعرضها على جاره » .

وقال الحافظ البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٢٨١) : هذا إسناد صحيح رجاله ثقات . أ.هـ .

حديث سمرة :

أخرجه أحمد (٥/ ٨ ، ١٢) ، وأبو داود (٣/ ٧٨٧) كتاب البيوع والإجارات : باب الشفعة ، الحديث (٣٥١٧) ، والترمذى (٣/ ٦٥٠) كتاب الأحكام : باب فى الشفعة ، الحديث (١٣٦٧) ، وابن الجارود (٢١٧) باب ما جاء فى الشفعة ، الحديث (٦٤٤) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٣) كتاب الشفعة بالجوار ، والبيهقى (٦/ ١٠٦) كتاب الشفعة : باب الشفعة بالجوار من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة قال رسول الله ﷺ « جار الدار أحق بالدار » ، وقال بعضهم : « جار الدار أحق بدار الجار ، أو الأرض » .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وحديث أنس :

أخرجه النسائى فى الكبرى كما فى التحفة (١/ ٣١٨) ، والطحاوى فى معانى الآثار (٤/ ١٢٢) ، وابن حبان (١١٥٣ - موارد) والخطيب فى التاريخ (١١/ ٣٤٢) من حديث عيس بن يونس عن سعيد =

والسلام - أنه قال : « جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ » [١] ، وصححه الترمذي ، ومن طريق المعنى لهم أيضاً لما كانت الشُّفْعَةُ إنما المقصودُ منها دَفْعُ الضَّرَرِ الداخلِ من الشركة ، وكان هذا المعنى موجوداً في الجار ، وجب أن يُلْحَقَ به .

[رَدُّ أَهْلِ الْمَدِينَة عَلَيْهِمْ]

ولأهل « المدينة » أن يقولوا : وجودُ الضرر في الشركة أَعْظَمُ منه في الجوار .

وبالجملة : فعمدَةُ المالكيةِ : أن الأصول تقتضي ألا يخرجَ مِلْكُ أحد من يده إلا برِضَاهُ ، وأَنَّ مَنِ اشترى شيئاً فلا يَخْرُجُ من يَدِهِ إلا برضاه حتى يدل الدليل على التَّخْصِيصِ ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجع ما شَهِدَتْ له الأصولُ ، ، ولكلا القولين سَلَفٌ متقدمٌ لأهل « العراق » من التابعين ، ولأهل « المدينة » من الصحابة .

[الْمَشْفُوعُ فيه وَفِيمَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ]

الركن الثاني : وهو المشفوع فيه [٢] : اتفق المسلمون على أن الشُّفْعَةَ واجبةٌ في الدور ،

= ابن أبى عروبة عن قتادة عن أنس به مرفوعاً « جار الدار أحق بالدار » وصححه ابن حبان .

وحديث على وابن مسعود :

أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف (٧/ ١٦٣ ، ١٦٤) كتاب البيوع والأقضية : باب من كان يقضى بالشفعة للجار ، الحديث (٢٧٥٨) فى كتاب أقضيته ﷺ قال : حدثنا جرير عن منصور عن الحكم عن على وعبد الله قالا : « قضى رسول الله ﷺ بالجوار » .

وحديث ابن عمر :

رواه الطبرانى فى الأوسط كما فى المجمع (٤/ ١٦١) ، ولفظه : « الجار أحق بسقبه ما كان » وقال الهيثمى ، وفى إسناده عبيد بن كثير العامرى وهو متروك .

وحديث يزيد الأسود :

أخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى المجمع (٤/ ١٦٢) بلفظ « الجار أحق بسقبه » .

(١) تقدم .

(٢) المشفوع فيه يشترط فيه :

أولا : أن يكون أرضاً ، سواءً أبيعت وحدها ، أم بيعت مع ما يتبعها فى مطلق البيع ، كالبناء وتوابعه الداخلة فى مطلق البيع ، من الأبواب المنصوبة ، والرفوف المسمرة ، ومفتاح غلق مثبت ، وحجرى الطاحونة ، أما الأسفل : فلأنه ثابت ، وأما الأعلى : فبالتبع ، وهكذا من كل منفصل توقف عليه نفع متصل ؛ كالهوديا ، والجازية ، والأشجار ، وإن نص على دخولها ؛ لأن التنصيص عليها لا يخرجها عن التبعية عند الإطلاق ، لخبر مسلم المار : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط » .

والربعة : تأنيق الربع ، والحائط : هو الدار ، ومطلق الأرض ، والحائط : البستان ، وأصول البقل التى تبقى سنتين فأكثر ، وتجز مراراً كالقت ، والهندبا وهو التبل ، والنعناع ، أو تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى كالشجر والتمرة الظاهرة ، وكذا الجزة الظاهرة عند البيع للبائع ، سواء بلغ ما ظهر أوان =

... ...

= الجز أم لا ، ولا يدخل فى بيع الأرض ما يؤخذ دفعة واحدة كالشعير ، وسائر الزروع كالجزر والفجل والثوم والبصل ؛ لأنه ليس للدوام والثبات ، ويشترط فى الشجر أن يكون رطباً يقصد به الدوام ، فلو كان شتلاً يقصد نقله لم تثبت فيه .

وشرط التبعية فى البناء والشجر ، أن يباعا مع ما حولهما من الأرض ، فلو باع شقصًا من جدار وأسه لا غير ، أو من أشجار ومغارسها لا غير فلا شفعة ؛ لأن الأرض هنا تابعة من حيث الغرض للمشترى ، وليس المراد أنه باع الجدار ، ودخلت الأرض تبعاً ؛ لأنها لا تدخل إلا بالنص عليها ، والأس الأرض الحاملة للبناء ، والمغرس الأرض الحاملة للشجر ، ومحله حيث صرح بدخول الأساس ، ودخول المغرس فى البيع ، وكانا مرئيين قبل ذلك ، فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما ، لم يصح البيع فى الأصح وما ذكروه فى البيع من أنه لو قال : « بعتك الجدار وأساسه » أنه يصح البيع ، وإن لم ير الأساس ، محمول على الأساس الذى هو بعض الجدار ، أى الجزء الذى فى الأرض من الجدار ، وأما الأساس الذى هو مكان البناء فعين منفصلة ، لا تدخل فى البيع عند الإطلاق ، فإذا صرح به اشترط فيه شروط البيع .

فإن كان الأساس والمغرس عريضين ، بحيث يمكن جعل أس آخر أو شجرة أخرى فيه ، ثبتت فيه الشفعة ؛ لوجود الأرض التى تستتبع حينئذ مع إمكان القسمة ، ولا شفعة فى شجر أفرد بالبيع ، ولا بتفصيل الثمن ، كأن قال : « بعتك الأرض بكذا والشجر بكذا » .

ولو باع أرضاً وعليها شجر جاف شرط دخوله فى بيع الأرض ، لا تثبت فيه الشفعة ، لانتفاء التبعية ؛ لأنه لا يدخل فى البيع عند الإطلاق ، بل بالشرط ، فلو أراد الشفيع أخذه قومت عليه الأرض مع الشجر ، ثم بدونه ، وقسم الثمن على ما يخص كلا منهما ، كما لو باع شقصا مشفوعاً وسيفاً . ولو كانت الأرض مشتركة وفيها شجر لأحدهما فباعه مع نصيبه منها ، فالشفعة له فى الأرض بحصتها من الثمن ، لا فى الشجر ، لأنه ليس مشتركاً ، ويبقى للمشترى فى الأرض ، وعليه نصف الأجرة للشفيع ، فى مقابل النصف الذى له ، دون ما يقابل النصف الذى انتقل إليه بالشفعة ؛ لأن صاحبه كان يستحق الإبقاء فيه مجاناً ، فتنتقل الأرض للشفيع مسلوبة المنفعة ، كما لو باع أرضاً واستثنى لنفسه الشجر ، فإنه يبقى بلا أجرة ، وليس للشفيع تكليف المشترى قطع الشجر ، ولا تملكه بالقيمة ، ولا القلع مع غرامة أرش النقص ؛ لأنه يستحق الإبقاء ، فلو اقتسما الأرض ، وخرج النصف الذى فيه الشجر لغير مالك الشجر ، فالأرجح أنه يكلف أجرة الجميع ؛ لأنه لا حق لمالك الشجر الآن فى الأرض .

وخرج بيع البناء والشجر فى أرض محتكرة ؛ لأنه كالمنقول بأن تكون الأرض موقوفة على من يبنى عليها ، أو مملوكة ، ويأذن الناظر أو المالك لشخص فى البناء عليها بأجرة معلومة كل سنة مثلاً ، فى مقابلة منفعة الأرض من غير تقدير مدة ، فهى كالخراج المضروب على الأرض كل سنة ، واغتفر جهالة المدة للحاجة ، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه فى البناء الذى عليها ، لم يثبت لشريكه فيه شفعة ؛ لعدم ملك الأرض .

وتثبت الشفعة فى ثمرة موجودة لم تؤبر عند البيع ، وإن شرط دخولها فى البيع ، سواء تأبرت عند الأخذ أم لا ، لأنها تتبع الأصل فى البيع ، فكذا فى الأخذ بالشفعة ، ولا نظر لطرو تأبره لتقدم حقّه وزيادته بالتأبير كزيادة الشجر . بل قال الماوردى : « يأخذ وإن قطع » . =

وَالْعَقَارِ وَالأَرَضِين كلِّها ،، واختلفوا فيما سوى ذلك .

[مَذْهَبُ مَالك في ذلك]

فتحصيل (١) مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور ، والحوانيت ، والبساتين ،، والثاني : ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا يُنْقَلُ ، وَلا يُحوَّلُ ؛ وذلك كالبِئْرِ ، ومحالِّ النَّخْلِ ما دام الأصلُ فيها على صفَةٍ تجب فيها الشُّفْعَةُ عنده ، وهو أن يكونَ الأصلُ الذي هو الأرض مَشَاعاً بينه وبينَ شريكه غَيْرَ مَقْسُومٍ،، والثالث : ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كِرَاءُ الأرض للزرع ، وكتابةُ المكاتب ،، واختلف عنه في الشُّفْعَةِ في الْحَمَّامِ ، والرَّحَى .

[مَا لا شُفْعَةَ فيه عِنْدَ مَالك]

وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان ، فلا شفعةَ فيهاً عنده [في الطريق] (٢) ، ولا في عَرْصَةِ الدار .

[بعضُ ما اختلفوا فيه أَيَجبُ فيه شُفْعَةٌ أم لا ؟]

واختلف عنه في أَكْرِيَةِ الدُّورِ ، وفي المساقاة ، وفي الدَّيْنِ ، هل يكون الَّذي عليه الدَّيْنُ أَحَقَّ به ؟ وكذلك الذي عليه الكتابة ؛ وبه قال عمر بن عبد العزيز .

وروي : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَة في الدَّيْن** » (١٠٥٣) ؛ وبه قال أشهب من أصحاب مالك ،، وقال ابن القاسم : لا شفعَة في الدَّين ، ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة ؛ لحرمة العتق ،، وفقهاءُ الأمصار على أن لا شُفْعَةَ إلا في الْعَقَار فقط ،، وحكي عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل ، والموزون ،، ولم يُجزْ أبو حنيفة الشُّفْعَةَ في الْبِئْرِ وَالْفَحْلِ ، وأجازها في الْعَرْصَةِ ، والطريق ،، ووافق الشافعي مالكاً في الْعَرْصَةِ

= والتصريح بالشرط لا يخرج عن التبعية ؛ لأن تصريح بمقتضى العقد . أما الثمرة المؤبرة عند البيع، فلا شفعة فيها ، كالشجر الجاف الذى شرط دخوله فى البيع ، بل تؤخذ بحصتها من الثمن ، كالزرع المشروط دخوله فى البيع ، والخبرة الظاهرة مما يتكرر ؛ لأنها لا تدخل فى مطلق البيع .

ويبقى كل ما لا يؤخذ من ثمر وزرع إلى أوان الجذاذ ، والثمرة الحادثة بعد البيع إن لم تؤبر عند الأخذ فله أخذها بالشفعة ؛ لأنها تابعة للأصل فى البيع فتتبعه فى الأخذ ؛ كالبناء والغراس ، وإن أبرت عند الأخذ فلا شفعة فيها ، لانتفاء التبعية .

(١) فى الأصل : فيتحصل فى . (٢) سقط فى الأصل .

(١٠٥٣) قال ابن حزم فى المحلى (٩/٦) فإن ذكروا الخبر الذى فيه عن النبى ﷺ « من ابتاع ديناً على رجل فصاحب الدَّين أولى » فهذا باطل ؛ لأنه عمن لم يسم عن عمر بن عبد العزيز عن النبى ﷺ.

وفي الطريق ، وفي البئر ، وخالفاه جميعاً في الثمار .

[عُمْدَةُ الْجُمْهُورِ فِي قَصْرِ الشُّفْعَةِ على الْعقَارِ]

وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار : ما ورد في الحديث الثابت من قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الشُّفْعَةُ فيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَت الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُق ، فَلا شُفْعَةَ** » (١) ، فكأنه قال : الشفعةُ فيما تُمْكِنُ فيه القسمةُ ما دام لم يُقْسَمْ ، وهذا استدلالٌ بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاءُ الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به .

[عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهَا فِي كُلِّ شَيْءٍ]

وأما عمدة من أجازها في كل شيء : فما خرجه الترمذي عن ابن عباس ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **الشَّرِيكُ شَفِيعٌ ، وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ** » (١٠٥٤) ؛ ولأن معنى ضَرَرِ

---

(١) تقدم .

(١٠٥٤) أخرجه الترمذى (٣/ ٦٥٤) كتاب الأحكام : باب الشريك شفيع ، الحديث (١٣٧١) ، والطحاوى فى شرح معانى الآثار (٤/ ١٢٥) كتاب الشفعة بالجوار ، والدارقطنى (٤/ ٢٢٢) كتاب الأقضية والأحكام ، الحديث (٦٩) ، والبيهقى (٦/ ١٠٩) كتاب الشفعة : باب لا شفعة فيما ينقل ويجول كلهم من طريق أبى حمزة السكرى عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبى مليكه عن ابن عباس به .

قال الترمذى : (لا نعرفه إلا من حديث أبى حمزة السكرى ، وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكة عن النبى ﷺ مرسلاً ، وهو أصح من حديث أبى حمزة ، وأبو حمزة ثقة ، يمكن أن يكون الخطأ من غيره) .

وقال الدارقطنى : (خالفه - يعنى أبا حمزة - شعبة ، وإسرائيل ، وعمرو بن أبى قيس ، وأبو بكر بن عياش ، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبى مليكة مرسلاً وهو الصواب ، ووهم أبو حمزة فى إسناده) .

قال البيهقى : (وقد قيل : عن أبى حمزة عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس) .

ثم أخرجه كذلك من طريق عبدان عن أبى حمزة به ، ثم قال : (ومحمد هذا هو العرزمى ، وهو متروك) .

ثم أخرجه من وجه آخر من حديث عمر بن هارون عن شعبة عن أبى بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال : « الشفعة فى العبيد ، وفى كل شئ » .

ثم قال البيهقى : (تفرد به عمر بن هارون البلخى عن شعبة ، وهو ضعيف) .

فأخرجه ابن أبى شيبة (٧/ ١٧٤) كتاب البيوع والأقضية : باب لا شفعة إلا فى تربة وعقار ، الحديث (٢٧٩٧) حدثنا أبو الأحوص بن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبى مليكة قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شئ : الأرض ، والدار و، الجارية ، والخادم . فقال عطاء : إنما الشفعة فى الأرض والدار فقال له ابن أبى مليكة : تسمعنى لا أم لك أقول : قال رسول الله ﷺ ، ثم تقول مثل هذا ؟ » .

الشركة والجوار موجودٌ في كل شَيْءٍ ، وإن كان في الْعَقَارِ أَظْهَرَ ، ، ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار .

[اسْتِدْلالُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَنْعِ الشُّفْعَةِ فِي الْبئْرِ]

واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر : بما روي : « لا شُفْعَةَ في بئْر » (١٠٥٥) ، ، ومالك حمل هذا الأثر على آبَارِ الصَّحَارِي التي تعمل في الأرض الْمَوَاتِ ، [لا التي تكون في أرض مُتَمَلكَة] (١) .

[الْمَشْفُوعُ عَلَيْه ، وَمَا اتفقوا عَلَيْه منْهُ]

الركنُ الثالثُ : وأما المشفوع عليه : فإنهم اتفقوا على أَنَّهُ مَنِ انْتَقَلَ إليه الْمِلْكُ بِشِرَاءٍ مِن شَرِيك غَيْرِ مُقَاسم ، أو مَنْ جَارٍ عند من يرى الشُّفْعَةَ لِلْجَارِ .

[من انْتَقَلَ إِلَيْه الْمِلْكُ بغير شراء]

واختلفوا فيمن انْتَقَلَ إليه الْمِلْكُ بغير شراء : فالمشهور عند مالك أن الشفعَةَ إنما تجب إذا كان انتقال الْمِلْك بِعِوَضٍ ؛ كالبيع ، والصلح ، والمهر ، وَأَرْشِ الْجِنَايَات ، وغير ذلك ؛ وبه قال الشافعي ، ، وعنه رواية ثانية أنها تجب فى كل مِلْكٍ انتقل بعوَضٍ ، أو بغير عوض ؛ كالهبةِ لغير الثواب ، والصدقة ، ما عدا الميراث فإنه لا شُفْعَةَ عند الجميع فيه باتفاق .

[الحنفية لا يُجرون الشفعة إلا في المبيع]

وأما الحنفية : فالشفعة عندهم في الْمَبِيعِ فقط ، ، وعمدةُ الحنفيةِ ظاهر الأحاديث ؛

(١٠٥٥) هو من كلام عثمان لا من كلام النبى ﷺ .

أخرجه مالك فى الموطأ (٢/٧١٧) كتاب الشفعة : باب ما لا تقع الشفعة ، الحديث (٤) عن محمد ابن عمارة عن أبى بكر بن حزم أن عثمان بن عفان قال : « إذا وقعت الحدود فى الأرض ، فلا شفعة فيها ، ولا شفعة فى بئر ، ولا فى فحل النخل » .

وأخرجه ابن أبى شيبة (٧/١٧٢) كتاب البيوع والأقضية : باب إذا صرفت الطرق والحدود فلا شفعة ، الحديث (٣٧٨٦) حدثنا عبد الله بن إدريس عن محمد بن عمارة عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه قال : « لا شفعة فى بئر ولا فحل ، والأرف يقطع كل شفعة » .

وأخرجه عبد الرزاق (٨/٧٨) رقم (١٣٣٩٣) عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبى ﷺ قال : « لا شفعة فى ماء ولا طريق ولا فحل - يعنى النخل » .

(١) سقط فى الأصل .

وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات ، بل ذلك نَصٌّ فيها ، لا في بعضها ، فلا بيع حتى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ .

[كل ما انتقل بعوض جاز فيه الشفعة عند المالكية]

وأما المالكية : فرأت أن كل ما انتقل بِعِوَضٍ فهو في معنى الْبَيْعِ ، ووجهُ الرواية الثانية أنها اعتبرت الضَّرَرَ فقط ، ، وأما إن كانت الهبة للثواب فلا شُفْعَةَ فيها عند أبي حنيفة ، ولا الشافعي .

أما أبو حنيفة : فلأن الشُّفْعَةَ عنده في المبيع ، وأما الشافعي : فلأن هبة الثواب عنده باطلة .

وأما مالك : فلا خلاف عنده ، وعند أصحابه في أن الشفعة فيها وَاجِبَةٌ .

[الْقَوْلُ فِي الْمَبِيعِ الَّذِي بِالْخِيَارِ]

واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيارُ فيه للبائع أن الشُّفْعَةَ لا تجب حتى يجب البيع ، ، واختلفوا إذا كان الخيارُ للمشتري ، فقال الشافعي ، والكوفيون: الشفعةُ واجبةٌ عليه ؛ لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، ، وقيل : إن الشفعة غير واجبة عليه ؛ لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك .

[الشُّفْعَةُ فِي الْمُسَاقَاة]

واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض: فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث : أن تكون المناقلة بين الأشراك ، أو الأجانب ، فلم يرها في الأشراك ، ورآها في الأجانب .

[الركن الرابعُ فِي الأَخْذِ بالشُّفْعَة]

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع؟ وكم يأخذ ؟ ومتى يأخذ ؟

[بِمَاذَا يَأْخُذُ الشَّفِيعُ ؟]

فأما بماذا يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالا ، واختلفوا إذا كان البيعُ إلى أَجَلٍ هل يأخذه [1] الشفيعُ بالثمن إلى ذلك الأَجَلِ ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، أو هو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه [2] بذلك الأجل إذا كان مليئاً ، أو يأتي بِضَامِنٍ مَلِيءٍ .

---

(١) فى الأصل : يأخذ .

(٢) فى الأصل : يأخذها .

وقال الشافعي : الشفيعُ مخيَّرٌ ، فإن عجل تعجلت الشفعة ، وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ،، وقال الثوري : لا يأخذها إلا بالنقد ؛ لأنها قد دخلت في ضَمَانِ الأول ؛ قال : ومنا من يقول : تبقى في يَدِ الذي باعها ، فإذا بلغ الأجلُ أخذها الشفيعُ .

والَّذِينَ رَأَوُا الشُّفْعَةَ فِي سَائِرِ المعاوضات مما ليس ببيع : فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشِّقْصِ إن كان العوض مما ليس يتقدر ؛ مثل : أن يكونَ مُعْطى في خلع ، وإما أن يكون معطى في شيء يتقدر ، ولم يكن دنانير ولا دراهم ، ولا بالجملة مكيلاً ، ولا موزوناً ، فإنه يأخذه بقيمةِ ذلك بالشيء الذي دَفَعَ الشِّقْصَ فيه ، وإن كان ذلك الشيء محدودَ القدرِ بالشرع ، أخذ ذلك الشقص بذلك القَدْرِ ، مثل : أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ في مُوضحَةٍ وجبت عليه ، أو منقلة ، فإنه يأخذه بديَة الْمُوضحَة ، أو الْمُنَقِّلَة .

[كَمْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ ؟]

وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلُو أن يكون واحداً أو أكثر ، والمشفوعُ عليه لا يخلو أن يكون واحداً أيضاً أو أكثر ،، فأما إذا كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً ، فلا خلافَ في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الْكُلَّ أَوْ يَدَعَ ،، وأما إذا كان المشفوعُ عليه واحداً ، والشفعاء أكثر من واحد ، فإنهم اختلفوا من ذلك في موضعين : **أحدهما** : في كيفية قِسْمَةِ المشفوع فيه بينهم ،، **والثاني** : إذا اختلفت أسباب تركتهم هل يَحْجُبُ بعضهم بعضاً عن الشفعة ، أم لا ؟ مثل : أن يكون بَعْضُهُمْ شُرَكَاءَ في المالِ الذي وَرِثُوهُ؛ لأنهم أَهْلُ سَهْمٍ وَاحِدٍ ، وبعضهم ؛ لأنهم عَصَبَةٌ .

[إِذَا كَانَ الْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ وَاحِداً ، والشفعةُ أكثرَ من واحد ، كم يَأْخُذُ كل شفيع ؟]

فأما المسألة الأولى : وهي كيفية توزيع المشفوع [١] فيه : فإن مالكاً ، والشافعي ، وجمهور أهل « المدينة » يقولون : إن المشفوعَ فيه يَقْتَسِمُونَهُ بينهم على قدر حِصَصِهِمْ، فمن كان نصيبُهُ من أصل [٢] المال الثُّلُثَ مثلاً ، أخذ من الشِّقْصِ بثلث الثمن ، ومن كان نصيبُهُ الرُّبُعَ أَخَذَ الرُّبُعَ ،، وقال الكوفيون : هي على عَدَدِ الرءوس على السَّوَاءِ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر ، وذو الحظ الأصغر .

---

(١) فى الأصل : الشارع .　　　(٢) فى الأصل : أهل .

[رَأْيُ الْمَدَنيِّينَ ، وَدَليلُهُمْ]

وعمدة المدنيين : أن الشفعةَ حَقٌّ يستفادُ وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يَتوَزَّعَ على مِقْدَارِ الأصل ، أصله الأَكْرِيَةُ في المستأجرات المشتركة ، والربح في شَرِكَةِ الأموال ، ، وأيضاً فإن الشفعةَ إنما هي لإِزَالَةِ الضَّرَرِ ، والضررُ داخلٌ على كُلِّ واحد منهم على غير استواء ؛ لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم [(١)] بحسب حِصَّتِهِ ، فوجب أن يكون استِحْقَاقُهُمْ لدفعه على تلك النسبة.

[رَأْيُ الأَحْنَاف ، وَدَليلُهُمْ]

وعمدة الحنفية : أن وجوبَ الشفعة إنما يلزم بنفس الْمِلْكِ ، فيستوي في ذلك أهلُ الحظوظ المختلفة [(٢)] ؛ لاستوائهم في نفس الملك .

وربما شَبَّهُوا ذلك بالشركاءِ في العبد يعتق بعضهم نصيبه ؛ أنه يقوم على المعتقين على السَّوِيَّةِ ، أعني : حظ من لم يعتق .

[إِذَا اخْتَلَفَ أَسْبَابُ شَرِكَتِهِمْ هل يحجب بعضهم بعضاً ؟]

وأما المسألة الثانية : **فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك [(٣)] الذين هم عَصَبَةٌ في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قِبَلِ السَّهْمِ الْوَاحِد** : فقال مالك: أَهْلُ السهم الواحد أَحَقُّ بالشفعة إِذَا بَاعَ أَحَدُهُمْ من الأَشْرَاكِ معهم في المال من قبل التَّعْصِيبِ ، وأنه لا يدخل [ذَوُو العصبةِ] [(٤)] في الشفعة على أهل السِّهَامِ المقدرة ، ويدخل ذَوُو السهام على ذَوِي التعصيب ؛ مثل : أن يموتَ ميتٌ فيترك عقَاراً ترثه عنه بنتان وَابْنَا عَمٍّ ، ثم تبيع البنتُ الواحدةُ حَظَّهَا ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تَشْفَعُ في ذلك الْحَظِّ الذي باعته أُخْتُهَا فقط دون ابْنَيِ الْعَمِّ ، وإن بَاعَ أَحَدُ ابني العم نصيبه يشفع [(٥)] فيه البنات وابن العم الثاني ؛ وبهذا القول قال ابن القاسم.

وقال أهل « الكوفة » : لا يدخل ذَوُو السِّهَامِ على الْعَصَبَاتِ ، ولا الْعَصَبَاتُ على ذَوِي السِّهَامِ ؛ وَيَتَشَافَعُ أهلُ السهم الواحد فيما بينهم خاصة ؛ وبه قال أشهب .

وقال الشافعيُّ في أحد قوليه : يدخل ذَوُو السهام على الْعَصَبَاتِ ، والعصبات على ذَوِي السِّهَامِ ؛ وهو الذي اختاره الْمُزَنِيُّ ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك.

وعمدةُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ : عمومُ قَضَائِهِ ﷺ بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوي

---

(١) سقط فى الأصل .   (٢) فى الأصل : المستوية .   (٣) فى الأصل : الاشتراك .
(٤) فى الأصل : العصبات .   (٥) فى الأصل : شفع .

سَهْمٍ من عصبة ، ومن خَصَّصَ ذَوِي السهامِ من العصبات ؛ فلأنه رأى أن الشركةَ مختلفةُ الأسباب ، أعني : بين ذوي السهام ، وبين العصبات ، فشبه الشَّرِكَاتِ المختلفةَ الأسبابِ بالشركات المختلفة من قِبَلِ مَحَالِّهَا الذي هو المالُ بالقسمة بالأموال ،، ومن أَدْخَلَ ذَوِي السِّهَامِ على الْعَصَبَةِ ، ولم يدخل العصبة على ذوي السهام ، فهو استحسان على غير قياس ،، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أَقْعَدُ من العصبة [1] .

[إِذَا كَانَ الْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ ، فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَشْفَعَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا]

وأما إذا كان المشفوعُ عليهما اثْنَيْنِ فأكثر، فأراد الشفيعُ أن يشفع على أَحَدِهمَا دون الثاني: فقال ابن القاسم : إما أن يَأْخُذَ الْكُلَّ أو يدع ،، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعي : له أن يشفع [على أيهما أَحَبَّ ؛ وبه قال أشهب ،، فأما إذا بَاعَ رَجُلَانِ شِقْصاً من رجل ، فأراد الشفيعُ أن يشفع] [2] على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وَجَوَّزَهُ الشَّافِعِيُّ .

[إِذَا كَانَ الشَّافِعُونَ أكثرَ من وَاحد ، فأراد بعضهم أن يَشْفَعَ]

وأما إذا كان الشافعون أَكْثَرَ من وَاحد ، أعني : الأشراك ، فأراد بَعْضُهُمْ أن يشفع ، ويسلم له بالباقي في البيوع [3] : فالجمهورُ عَلَى أن للمشتري أن يقول للشريك : إما أن تَشْفَعَ في الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بِحَسَبِ حَظِّه ، إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يُبَعِّضَ الشُّفْعَةَ على الْمُشْتَرِي إن لم يَرْضَ بِتَبْعِيضِهَا ،، وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بَعْضُهُمُ الأَخْذَ بالشفعة رِفْقاً للمشتري ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حِصَّتَهُ [4] فقط .

[إذا كان بَعْضُ الشُّفَعَاء حَاضراً ، والبعض غائباً]

ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بَعْضُ الشفعاء غائباً ، وبعضهم حاضراً ، فأراد الحاضر أن يأخذ حِصَّتَهُ فقط ؛ أنه ليس له ذلك إلا أن يأخذ الْكُلَّ أَوْ يَدَعَ ، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

[مِنْ شَرْطِ الشُّفْعَة أن تَكُونَ الشَّرِكَةُ مُتَقَدِّمَةً على الْبَيْعِ]

واتفقوا على أن من شَرْطِ الأَخْذ بالشفعة أن تكون الشركةُ متقدمةً على البيع ،، واختلفوا : هل من شرطها أن تكون مَوْجُودَةً في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع؟

---

(١) فى الأصل : العصبات .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : البيع .
(٤) فى الأصل : حظه .

[إِذَا لم يَكُنِ الشَّفِيعُ شَرِيكاً في حَالِ الْبَيْعِ]

فأما المسألة الأولى : وهي إذا لم يكن شريكاً في حال البيع : وذلك يتصور بأن يكون يَتَرَاخَى عن الأخذ بالشفعة [لسبب] [1] من الأسباب التي لا يَقْطَعُ له الأخذُ بالشفعة حتى يبيعَ الحظَّ الذي كان به شريكاً ؛ فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك : فمرة قال : له الأخذُ بالشُّفْعَة ، ومرة قال : ليس له ذلك ،، واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ؛ لأن المقصودَ بالشُّفْعَة إنما هو إزالةُ الضَّرَرِ من جهة الشركة، وهذا ليس بشريك ،، وقال ابن القاسم : له الشفعةُ إذا كان قيامه في أثره؛ لأنه يرى أنَّ الْحَقَّ الذي وَجَبَ له لم يرتفع ببيعه حظه .

[إذا لم تَكُنِ الشُّفْعَةُ ثَابتَةً في حَالِ الْبَيْعِ]

وأما المسألة الثانية فصورتها : أن يَسْتَحِقَّ إِنْسَانٌ شقْصاً في أَرْضٍ قد بِيعَ منها قبلَ وَقْتِ الاستحقاق شِقْصٌ ما ، هل له أن يَأْخُذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ؛ لأنه وجبت له الشفعةُ بتقدم شركته [2] قَبْلَ البيع ، ولا فرق في ذلك ، كَانَتْ يدُه عليه ، أو لم تَكُنْ ،، وقال قوم : لا تجب له الشفعةُ ؛ لأنه إنما ثبت له مَالُ الشَّرِكَةِ يومَ الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري ،، فأما مالك فقال : إِنْ طَالَ الزَّمَانُ فلا شُفْعَةَ ، وإن لم يَطُلْ ففيه الشفعةُ ، وهو [3] استحسان .

[مَتَى يَأْخُذُ إِذَا اسْتُحِقَّت الشُّفْعَةُ ، والقول في الشفيع الغائب]

وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعةُ رَجُلان : حاضر ، أو غائب : فأما الغائبُ فأجمع العلماءُ على أن الْغَائبَ على شفعته ما لم يعلم ببيع شَرِيكه ،، واختلفوا إذا عَلِمَ وهو غائبٌ : فقال قوم : تسقط شفعتُه [4] ،، وقال قوم : لا تَسْقُطُ؛ وهو مذهبُ مَالك ،، والحجة له ما روي عن النبي ﷺ من حديث جابر أنه قال : **«الْجَارُ أَحَقُّ بسَقَبِهِ »** [5] ، أو قال : **« بشُفْعَته يَنْتَظِرُ بهَا إِذَا كَانَ غَائباً »** [6] ،، وأيضًا فإن الْغَائبَ في الأكثر مُعَوَّقٌ على الأخذ بالشُّفْعَة ، فوجب عُذْرُهُ ،، وعمدة الفريق الثاني : أن سكوته مع العلم قَرِينَةٌ تدل على رِضَاه بإسقاطها .

[قَوْلُ الْفُقَهَاء في وَقْت وُجُوب الشُّفْعَة للْحَاضر]

وأما الحاضر : فإن الفقهاءَ اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له : فقال الشافعي ، وأبو حنيفة : هي واجبةٌ له على الفور بِشَرْطِ الْعِلْمِ ، وَإِمْكَانِ الطَّلَبِ ، إن عَلِمَ وَأَمْكَنَ

---

(١) سقط فى ط .
(٢) فى الأصل : الشركة .
(٣) فى الأصل : هذا .
(٤) فى الأصل : منفعته .
(٥) تقدم .
(٦) تقدم .

الطَّلَبَ ولم يَطْلُبْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ،، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تَرَاخَى .

وأما مالك : فليست عنده على الْفَوْرِ ، بل وقتُ وجوبها متسع ، واختلف قولُهُ في هذا الوقت : هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود ، وأنها لا تنقطع أبداً ، إلا أن يحدث المبتاع بناء [1] ، أو تغييراً كثيراً بمعرفته ، وهو حَاضِرٌ عَالِمٌ سَاكِتٌ ،، ومرة حَدَّدَ هَذَا الْوَقْتَ ؛ فروي عنه السَّنة ، وهو الأشهر ،، وقيل : أكثر من سنة ، وقد قيل عنه : إن الْخَمْسَةَ أَعْوَامٍ لا تنقطع فيها الشُّفْعَةُ .

واحتج الشافعي بما روي أنه - عليه الصلاة والسلام - قال : « **الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ**»[١٠٥٦] ،، وقد روي عن الشافعي أن أَمَدَهَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ،، وأما من لم يسقط الشفعةَ

---

(١) فى الأصل : شيئاً .

(١٠٥٦) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣٥) كتاب الشفعة : باب طلب الشفعة ، الحديث (٢٥٠٠) ، والبزار كما فى نصب الراية (٤/ ١٧٦) كتاب الشفعة : باب طلب الشفعة ، والبيهقى (٦/ ١٠٨) كتاب الشفعة: باب فى مسائل الشفعة ، والخطيب فى التاريخ » (٦/ ٥٧) كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى عن أبيه عن ابن عمر قال : قال النبى ﷺ : « لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحل العقال » ولفظ ابن ماجه - الشفعة كحل العقال - .

وقال البيهقى : (محمد بن الحارث البصرى متروك ، ومحمد بن عبد الرحمن البيلمانى ضعيف ، ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث) .

وقال ابن حزم ، المحلى (٩/ ٩١) كتاب الشفعة : باب أحكام الشفعة : (هو خبر مكذوب موضوع) وقال ابن أبى حاتم فى العلل (١/ ٤٧٩) رقم (١٤٣٤) سئل أبو زرعة عن حديث رواه عبيد الله بن محمد التيمى المعروف بابن عائشة عن محمد بن الحارث الحارثى عن محمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى عن أبيه عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال : « الشفعة كحل العقال » .

قال أبو زرعة : هذا حديث منكر ولم يقرأ علينا فى كتاب الشفعة وضربنا عليه .

وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٥٦) : بلفظ « لا شفعة لغائب ، ولا لصغير ، والشفعة كحل العقال » وإسناده ضعيف جداً .

وقال البزار فى رواية : رواية محمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى مناكيره كثيره .

وأورده ابن عدى فى ترجمة محمد بن الحارث رواية عن ابن البيلمانى ، وحكى تضعيفه ، وتضعيف شيخه ، وقال ابن حبان : لا أصح له ، وقال أبو زرعة : منكر ، وقال البيهقى : ليس بثابت ، وقال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٢٨٣) : هذا إسناد ضعيف محمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى قال فيه ابن عدى : كل ما يرويه ابن البيلمانى ، فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عنه محمد بن الحراث ، فهما ضعيفان ، وقال ابن حبان : حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة لا يجوز الاحتجاج به ، ولا ذكره إلا علىى وجه التعجب .

بالسكوت ، واعتمد على أن السكوتَ لا يبطل حَقَّ امريءِ مسلم ما لم يظهر من قَرَائِنِ أَحْوَالِه ما يَدُلُّ على إسْقَاطِه ، وكان هذا أشبه بأصول [1] الشافعي ؛ لأن عنده أنه ليس يجب أن يُنْسَبَ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلُ قَائِلٍ ، وإن اقترنت [2] به أحوال [3] تدل على رِضَاه ، ولكنه - فيما أحسب - اعتمد الأثر ،، فهذا [هو] [4] القول في أركانِ الشفعة ، وشروطها المصححة لها ، وبقي القولُ في الأحكام .

* * *

(١) فى الأصل : بأحوال .

(٢) فى الأصل : اشتهرت .

(٣) فى الأصل : الأحوال .

(٤) سقط فى الأصل .

الْقِسْمُ الثَّاني :
الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الشُّفْعَةِ

وهذه الأحكامُ كثيرةٌ ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار .

[ميراثُ حَقِّ الشُّفْعَةِ]

فمن ذلك اختلافُهُمْ في ميراث حَقِّ الشُّفْعَة : فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث ، كما أنه لا يباع ،، وذهب مالك ، والشافعي ، وأهل « الحجاز » إلى أنها موروثةٌ ؛ قياساً على الأموال ،، وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة « الرد بالعيب » .

[عُهْدَةُ الشَّفِيعِ ، وَهَلْ هي على الْمُشْتَرِي ، أَوِ الْبَائِعِ ؟]

ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع : هل هي على المشتري ، أو على البائع ؟

فقال مالك ، والشافعي : هي على المشتري ،، وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع .

وعمدةُ مالك : أن الشفعةَ إنما وَجَبَتْ للشريك [بعد حصول مِلْكِ المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة ،، وعمدة الفريق الآخر : أن الشفعةَ إنما وَجَبَتْ للشريك][1] بنفس البيع ، فَطُرُوُّهَا على البيع فسخ له ، وعقد لها .

[الإِقَالَةُ في الشُّفْعَة ، وَعُهْدَةُ الشفيع في الإِقَالَة]

وأجمعوا على أن الإقالة لا تُبْطِلُ الشفعةَ : من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها فسخ ، أعني : الإقالة ،، واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشتري ،، وقال أشهب : هو مُخَيَّرٌ .

[إذا أَحْدَثَ المشتري بِنَاءً ، أَوْ غَرْساً قبل طَلَب الشَّفِيعِ الشُّفْعَةَ]

ومنها اختلافُهُمْ إذا أحدث المشتري بناء ، أو غرساً ، أو ما يشبه ذلك في الشِّقْص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع [بطلب شفعته] [2] : فقال مالك : لا شفعة له ، إلا أن يُعْطِيَ المشتري قيمة ما بني ، وما غرس ،، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : هو مُتَعَدٍّ ، وللشفيع إما أن يعطيه قِيمَةَ بنائه مَقْلُوعاً ، أو يأخذه بِنَقْضِه .

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : بشفعته .

والسببُ في اَخْتلافهمْ : تردُّدُ تَصرُّفِ الْمَشْفُوعِ عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الْغَاصِبِ ، وتصرف المشتري الذي يَطْرأُ عليه الاسْتِحْقَاقُ ، وقد بَنَى في الأرض وقد غرس ؛ وذلك أنه وسط بينهما ،، فمن غلب عليه شبهة [1] الاستحقاق ، لم يكن له أن يَأْخُذَ الْقِيمَةَ ،، ومن غَلَّبَ عليه شبهة التعدي ، قال : له أن يَأْخُذَه بنقضه، أو يعطيه قيمته مَنْقُوضاً .

[إِذَا اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي والشفيع في مبلغ الثمن]

ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري : اشتريتُ الشِّقْصَ بكذا ، وقال الشفيع : بَلِ اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد منهما بيِّنَةٌ .

فقال جمهور الفقهاء : القولُ قولُ المشتري ؛ لأن الشفيعَ مُدَّعٍ ، والمشفوع عليه مُدَّعى عَلَيْه ،، وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القولُ قولُ الشفيعِ ؛ لأن المشتري قد أَقَرَّ لَهُ بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ ، وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به .

وأما أصحابُ مَالك : فاختلفوا في هذه المسألة : فقال ابن القاسم : القولُ قَوْلُ المشتري إذا أَتَى بما يشبه باليَمِينِ ، فإن أتى بما لا يشبه ، فالقول قول الشفيع .

وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه ، فالقول قول المشتري بلا يمين ، وفيما لا يشبه باليمين ،، وحكى عن مالك أنه قال : إذا كان الْمُشْتَرِي ذَا سُلْطَانٍ يعلم بالعادة أنه يَزِيدُ في الثمن ، قُبل قَوْلُ الْمُشْتَرِي بغير يمين ، وقُبِل [كُلُّ واحد منهما بما] [2] إذا أتى المشتري بما لا يشبه رَدَّ الشفيع إلى الْقِيمَةِ ،، وكذلك - فيما أحسب - إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه ،، واختلفوا إذا أتى كُلُّ واحد منهما بِبيِّنَةٍ ، وتساوت العدالةُ : فقال ابن القاسم : يسقطان معاً ، ويرجع إلى الأصل من أن القولَ قولُ المشتري مع يَمِينِه ،، وقال أشهب : البينةُ بينةُ المشتري ؛ لأنها زادت [علماً] [3] .

تَمَّ كِتَابَ الشُّفْعَةِ ، والحمد لله .

* * *

---

(١) فى ط : شبه . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : عليها .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وصلى الله على سيدنا محمد، وآله وصحبه، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الْقِسْمَةِ (١)

[الأَصْلُ في هَذا الكتاب]

والأصل في هذا الكتاب : قوله تعالى : ﴿ **وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ** ﴾ [النساء : ٨] ، وقوله : ﴿ **ممَّا قَلَّ منْهُ أَوْ كَثُرَ نَصيباً مَفْرُوضاً** ﴾ [النساء : ٧] ، وقول رسول الله ﷺ : « **أَيُّمَا دار أَوْ أَرْض قُسمَتْ في الْجَاهليَّة ، فَهيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهلِيَّةِ ،، وأَيُّمَا دَارٍ أَدْرَكَهَا الإِسْلامُ ، ولَمْ تُقَسمْ ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلَامِ** » (١٠٥٧) .

---

(١) القَسْمُ لُغَةً : بالفتح مصدر : قسم الشئ يقسمه قسماً ، فانقسم أى : جزأه وأفرزه ، والقسم بالكسر : الحظ والنصيب من الخير . قاله الجوهرى ، فيقال : هذا قِسْمِى ، والجمع : أقسام ، مثل : حمل وأحمال .

والقِسْمَةُ اسم وهى مؤنثة .

انظر : كتاب العين (٥/ ٨٦ ، ٨٧) ، الصحاح : (٥/ ٢٠١٠) ، المصباح المنير : (٢/ ٧٧٤) ، ترتيب القاموس ٣/ ٥٤٩

اصطلاحاً :

عرفها الأحناف بأنها : جمع نصيب شائع له ، فى مكان معين .

وعرفها الشافعية بأنها : تمييز بعض الأنصباء من بعض .

وعرفها المالكية بأنها : تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ، ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراضٍ .

وعرفها الحنابلة بأنها : تمييز بعض الأنصباء من بعض ، وإفرازها عنها .

انظر : حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠١)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٠٨) ، مغنى المحتاج(٤/ ٤١٨)

(١٠٥٧) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٦) كتاب الأقضية : باب القضاء فى قسم الأموال ، حديث (٣٥) عن ثور بن زيد الديلى قال : بلغنى أن رسول الله ﷺ قال . . . فذكره .

قال ابن عبد البر كما فى « تنوير الحوالك » (٢/ ٢١٩) : وصله إبراهيم بن طهمان عن مالك عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس تفرد به عن مالك مسندا وهو ثقة . أ.هـ .

وللحديث طريق آخر عن ابن عباس :

أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٠) كتاب الفرائض : باب فيمن أسلم على ميراث ، حديث (٢٩١٤) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣١) كتاب الرهون : باب قسمة الماء ، حديث (٢٤٨٥) من طريق عمرو بن دينار عن أبى الشعثاء عن ابن عباس به .

[النَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، وَفِيما يكون ، وأبوابه]

والنظر في هذا الكتاب : في الْقَاسِمِ ، وَالْمَقْسُومِ عَلَيْهِ ، وَالْقِسْمَةِ ،، والنظر في القسمة في أبواب .

الباب الأول : في أنواع الْقِسْمَةِ .

الثاني : في تعيين [١] محل نَوْعٍ نَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِهَا [أعني : ما يَقْبَلُ القسمةَ ، وما لا يقبلها ، وصفةُ القسمة فيها ، وشروطها ، أعني : فيما يَقْبَلُ القسمةَ] [٢] .

الثالث : في مَعْرِفَةِ أَحْكَامِهَا .

* * *

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِي أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ

والنظرُ في القسمةِ ينقسم أولاً إلى قسمين : قِسْمَةِ رِقَابِ الأَمْوَالِ ،، والثاني : فِى مَعْرِفَةِ منافع الرِّقَابِ .

[قِسْمَةُ الرِّقَابِ الَّتِي لا تُكَالُ ، وَلا توزنُ]

القسم الأول من هذا الباب فأما قِسْمَةُ الرِّقَابِ التي لا تُكَالُ ، وَلا تُوزَنُ : فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قِسْمَةُ قُرْعَةٍ بعد تقويم وتعديل ، وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ بعد تقويم وتعديل ، وقسمة مُرَاضَاةٍ بغير تقويمٍ ، ولا تعديل ،، وأما ما يكال ، أو يوزنَ فَبِالْكَيْلِ ، والوزن .

[قِسْمَةُ الرِّقَابِ ، وَأَنْوَاعُهَا]

القسم الثاني : وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لا ينقل ولا يحول ، وهي الرباعُ والأصول ، وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غيرُ مكيلٍ ، ولا موزون، وهو الحيوانُ وَالْعُرُوضُ ، وإما مكيل ، أو موزون ،، ففي هذا الباب ثَلاثَةُ فُصُول : الأول في الرباع ،، والثاني : في الْعُرُوضِ ،، والثالث : في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

* * *

(١) فى الأصل : تمييز .

(٢) سقط فى الأصل .

الْفَصْلُ الأَوَّلُ :

[فِي الرِّبَاعِ]

[قِسْمَةُ الرِّبَاعِ وَالأُصُولِ]

فأما الرباع والأصول : فيجوز أن تُقْسَمَ بالتراضي ، وبالسهمة [١] إذا عدلت بالقيمة ، اتفق أهلُ الْعِلْمِ على ذلك اتفاقاً مجملاً ، وإن كانوا اختلفوا في مَحِلِّ ذلك وشروطه[٢] ، ، والقسمةُ لا تخلو أن تكون في محلٍ واحد ، أو في مَحَالٍّ كثيرة .

[إِذَا كَانَت الْقِسْمَةُ فِي مَحَلٍّ وَاحد ، وَلَمْ تَنْقُصْ مَنْفَعَةٌ]

فإذا كانت في محل واحد ، فلا خلاف في جَوَّازها إذا قسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ، ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ، ويجبر الشركاء على ذلك .

[إِذَا انْقَسَمَتْ إِلَى مَا لا مَنْفَعَةَ فيه]

وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه : فاختلف في ذلكَ مالك ، وأصحابه : فقال مالك : إنها تقسم [٣] بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ، ولو لم يَصِرْ لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم [٤] ؛ وبه قال ابن كنانة من أصحاب مالك ، وهو قولُ أبي حنيفة ، والشافعي ، ، وعمدتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً** ﴾ [النساء : ٧] ، ، وقال ابن القاسم : لا يقسم إلاَ أن يَصِيرَ لكل واحد في حَظِّه ما يَنْتَفِعُ به من غَيْرِ مَضَرَّةٍ دَاخِلَةٍ عليه في الانتفاع من قِبَلِ القسمة ، وإن كان لا يُرَاعَى في ذلك نُقْصَانُ الثَّمَنِ ، ، وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما يَنْتَفِعُ به ، وإن كان من غير جِنْسِ المنفعة التي كانت في الاشتراك ، أو كانت أقل ، ، وقال مطرف من أصحابه : إن لم يَصِرْ في حَظِّ كُلِّ وَاحِدٍ منهم ما ينتفع به لم يقسم ، وإن صَارَفي حَظٍّ بعضهم ما ينتفع به ، وفي حَظٍّ بعضهم ما لا ينتفع به قسم [٥] ، وَجُبِرُوا على ذلك ؛ سواء دَعَا إلى ذلك صَاحِبُ النَّصِيبِ القليل ، أو الكثير ، ، وقيل : يجبر إن دعا [٦] صاحب النصيب [٧] القليل ، ولا يجبر إن دعا [٨] صاحبُ النصيب [٩] الكثير ، ، وقيل بعكس هذا ، وهو ضعيف .

---

(١) في الأصل : وبالشبهة .
(٢) في الأصل : شروطها .
(٣) في الأصل : تنقسم .
(٤) في الأصل : القويم .
(٥) في الأصل : فسخ .
(٦) في الأصل : ادَّعى .
(٧) في الأصل : النصف .
(٨) في الأصل : ادَّعى .
(٩) في الأصل: النصف .

[قَسْمُ مَا تَنْتَقِلُ مَنْفَعَتُهُ إلى مَنْفَعَة أخرى بالْقِسْمَة]

واختلفوا من هذا الباب فيما [إذا قسم] (١) انتقلتْ منفعتُهُ إلى مَنْفَعَة أخرى مثل الحمام: فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أَحَدُ الشريكين ؛ وبه قال أشهب ،، وقال ابن القاسم: لا يقسم ؛ وهو قول الشافعي ،، فعمدة من منع القسمة قوله ﷺ : « **لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ** » (١٠٥٨) ،، وعمدة من رأى القسمة : قوله تعالى : ﴿ **مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً**

---

(١) فى الأصل : انقسم .

(١٠٥٨) حديث عبادة بن الصامت :

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام : باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ، حديث (٢٣٤٠) وأحمد (٥/ ٣٢٦ - ٣٢٧) ، وأبو نعيم فى « أخبار أصبهان » (١/ ٣٤٤) ، والبيهقى (١٠/ ١٣٣) كتاب آداب القاضى : باب ما لا يحتمل القسمة ، كلهم من طريق موسى بن عقبة ثنا اسحق بن يحيى ابن الوليد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ « قضى أن لا ضرر ولا ضرار ».

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٤) : قال ابن عساكر فى أطرافه : وأظن إسحق لم يدرك جده .

وقال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص - ١٤٤) : إسحق بن يحيى بن الوليد بن الصامت عن جد أبيه عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

قال الترمذى : لم يدركه أ.هـ .

والحديث ذكره البوصيرى فى « زوائد ابن ماجه » (٢/ ٢٢١) وقال : هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع . أ.هـ .

قلت : وهذا فيه نظر فإن إسحق بن يحيى قد ذكره ابن عدى فى « الكامل » (١/ ٣٣٣) وقال : عامة أحاديثه غير محفوظة .

وقد حكى البوصيرى نفسه تضعيفه فى « الزوائد » (٢/ ١٧٩) فقال عن إسناد فيه إسحق هذا : هذا إسناد ضعيف ، لضعف اسحاق بن يحيى بن الوليد ، وأيضاً لم يدرك عبادة بن الصامت قاله البخارى والترمذى ، وابن حبان ، وابن عدى .

والحديث ذكره الحافظ أيضاً فى « الدراية » -(٢/ ٢٨٢) وقال : وفيه انقطاع .

حديث ابن عباس :

أخرجه أحمد (١/ ٣١٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٤) كتاب الأحكام : باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره ، حديث (٢٣٤١) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن جابر الجعفى عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

قال البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٢٢٢) : هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم . أ.هـ .

لكنه توبع تابعه داود بن الحصين .

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية ، حديث (٨٤) من طريق إبراهيم بن إسماعيل عن داود ابن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس به .

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٥) : قال عبد الحق فى أحكامه ، وإبراهيم بن إسماعيل :هذا =

... ...

= هو ابن أبى حبيبة وفيه مقال ، فوثقه أحمد ، وضعفه أبو حاتم وقال : هو منكر الحديث لا يحتج به أ.هـ .

قلت : وضعفه أيضاً البخارى ، فقال منكر الحديث ، التاريخ الكبير (١/ ٨٧٣) .

وقال التعرمذى فى « سننه » (١٤٦٢) : يضعف فى الحديث .

وقال النسائى فى « الضعفاء » رقم (٢) : ضعيف .

وقال الدارقطنى : متروك ، ينظر سؤالات البرقانى (٢٢) ، والضعفاء له (٣٢) .

وقال أبو حاتم : ليس بالقوى ينظر العلل (١٥٧٥) .

وقال الحافظ فى « التقريب » (١/ ٣١) رقم (١٦٨) : ضعيف .

حديث أبى هريرة :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية ، حديث (٨٦) من طريق أبى بكر بن عياش قال : أراه عن ابن عطاء عن أبيه عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرورة ، ولا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على حائطه » .

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٥) : وأبو بكر بن عياش مختلف فيه أ.هـ .

وللحديث علة أخرى وهى ابن عطاء ، واسمه يعقوب بن عطاء بن أبى رباح .

قال أحمد : منكر الحديث . وقال مرة أخرى : ضعيف .

وقال ابن معين ، وأبوزرعة ، والنسائى : ضعيف .

وقال أبو حاتم : ليس بالمتين يكتب حديثه .

وقال ابن عدى : له أحاديث صالحة وهو ممن يكتب حديثه وعنده غرائب .

ينظر : التهذيب (١١/ ٣٩٣) .

وقد لخص الحافظ هذه الأقوال فقال فى « التقريب » (٢/ ٣٧٦) رقم (٣٨٦) : ضعيف .

حديث عائشة :

وله طريقان :

الأول : أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٧) كتاب الأقضية ، حديث (٨٣) من طريق الواقدى ثنا خارجة ابن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبى الرجال عن عمرة عن عائشة عن النبى ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » .

والواقدى محمد بن عمر متروك .

الطريق الثانى : أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » كما فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد ابن رشدين ثنا روح بن صلاح ثنا سعيد بن أبى أيوب عن أبى سهيل عن القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « لا ضرر ولا إضرار » .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١١٣) وقال : رواه الطبرانى فى « الأوسط » وفيه أحمد بن محمد بن الحجاج بن رشدين ، قال ابن عدى : كذبوه . أ،هـ .

وللحديث طريق آخر أيضاً :

أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » كما فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٦) حدثنا أحمد بن داود المكى ثنا عمرو بن مالك الراسبى ثنا محمد بن سليمان بن مسمول عن أبى بكر بن أبى سبرة عن نافع بن مالك =

... ...

= عن القاسم بن محمد عن عائشة أن النبى ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » .

قال الطبرانى : لم يروه عن القاسم إلا نافع بن مالك .

قلت : وهذا الطريق لم يذكره الهيثمى فى « المجمع » مع أنه على شرطه .

وأبو بكر بن أبى سبرة :

قال البخارى : منكر الحديث . « التاريخ الصغير » (٢/ ١٨٤) .

وقال مرة : ضعيف . « الضعفاء الصغير » (٤١٦) .

وقال النسائى : متروك الحديث . « الضعفاء والمتروكين » (٦٩٧) .

وقال الدارقطنى : متروك . « الضعفاء والمتروكين » (٦١٢) .

وقال البزار : لين الحديث . « كشف الأستار » (١١٢٩)

وذكره أبو زرعة الرازى فى « أسامى الضعفاء » (٣٨٠) .

حديث أبى سعيد الخدرى :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) كتاب الأقضية ، حديث (٨٦) ، والحاكم (٢/ ٥٧) كتاب البيوع : باب النهى عن المحاقلة . . . ، والبيهقى (٦/ ٦٩ - ٧٠) كتاب الصلح : باب لا ضرر ولا ضرار ، كلهم من طريق الدراودى عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » .

قال الحاكم : صحيح الإسناد على شرط مسلم ، ووافقه الذهبى .

وقال البيهقى : تفرد به عثمان بن محمد - عن الدراوردى - قلت : وفى كلام الثلاثة نظر .

أما صحته على شرط مسلم فعثمان بن محمد لم يخرج له مسلم شيئاً . ومع ذلك فهو ضعيف ضعفه الدارقطنى .

ينظر : لسان الميزان (٤/ ١٧٥) .

وأما قول البيهقى : تفرد به عثمان بن محمد ، ففيه نظر أيضاً فقد تابعه عبد الملك بن معاذ النصيبى عن الدراوردى به كما فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٥) قال ابن القطان فى « كتابه » وعبد الملك هذا لا يعرف له حال . أ.هـ .

وأخرجه مالك (٢/ ٧٤٥) كتاب الأقضية : باب القضاء فى « المرفق » حديث (٣١) عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » هكذا مرسلاً .

حديث جابر :

أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » كما فى « نصب الراية » (٤/ ٣٨٦) ثنا محمد بن عبدوس بن كامل ثنا حبان بن بشر القاضى قال : حدثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١١٣) وقال : رواه الطبرانى فى الأوسط ، وفيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس . أ.هـ .

وهذا الحديث رواه عبد الرحمن بن مغراء ثنا محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان مرسلاً . =

مَفْرُوضاً ﴾ [النساء : ٧] ،، ومن الحجة لمن لم يَرَ القسمةَ حديث جابر عن أبيه : « لا تَعْضيةَ [1] عَلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ إلا مَا حَمَلَ [2] الْقَسْمُ » (١٠٥٩) ،، [والتعضية] [3] : التفرقة ،، يقول [4] : لا قِسْمَةَ بَيْنَهُمْ .

[إِذَا كَانَتِ الرِّبَاعُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِد]

وأما إذا كانت الرِّبَاعُ أكثرَ من واحد ، فإنها لا تخلو أيضاً أن تكون من نَوْعٍ واحد ، أو مختلفة الأنواع .

[إِذَا كَانَتْ مُتَّفِقَةَ الأَنْوَاعِ]

فإذا كانت متفقة الأنواع ، فإن فقهاء الأمصار في ذلك مُخْتَلِفُونَ : فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قُسِمَتْ بالتقويم والتعديل [5] والسهمة ،، وقال أبو حنيفة ، والشافعي: بل يُقْسَمُ كُلُّ عَقَارٍ على حِدَتِهِ ،، فعمدة مالك : أنه أَقَلُّ لِلضَّرَرِ الداخل على الشُّرَكَاءِ مِنَ الْقِسْمَةِ ،، وعمدة الفريق الثاني : أن كل عقار قائم بنفسه ؛ لأنه تَتَعَلَّقُ بِهِ الشُّفْعَةُ .

= أخرجه أبو داود فى « المراسيل » (ص - ٢٩٤) رقم (٤٠٧) .

حديث عمرو بن عوف :

ذكره الحافظ فى « التهذيب » (٨/ ٤٢١ - ٤٢٢) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه .

حديث أبى لبابة :

أخرجه أبو داود فى « المراسيل » (ص - ٢٩٤) رقم (٤٠٧) .

(١) فى الأصل : قسمة . (٢) فى الأصل : حصل .

(١٠٥٩) الحديث من رواية محمد بن أبى بكر بن حزم عن أبيه أخرجه البيهقى (١٠/١٣٣) كتاب آداب القاضى : باب ما لا يحتمل القسمة ، والدارقطنى (٤/٢١٩) كتاب الأقضية ، حديث (٦٠) من طريق ابن جريج عن صديق بن موسى عن محمد بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تعضية فى ميراث إلا ما حمل القسم » .

ونقل البيهقى عن الشافعى فى القديم قوله : لا يكون مثل هذا الحديث حجة ؛ لأنه ضعيف .

قال أبو الطيب آبادى فى « التعليق المغنى » (٤/٢١٩) : فى إسناده صديق بن موسى بن عبد الله ابن الزبير ، وهو ليس بحجة .

وصديق بن موسى ذكره الذهبى فى « المغنى » (١/٣٠٨) وقال : ليس بالحجة .

(٣) سقط فى الأصل . (٤) فى الأصل : لقوله . (٥) فى الأصل : العدة .

[إذَا اختلفت الأنواعُ المتفقةُ في النفاق]

واختلف أصحابُ مَالك إذا اختلفت الأنواعُ المتفقةُ في النفاق [(١)] ، وإن تَبَاعَدَتْ مَوَاضِعُهَا على ثَلاثَة أَقْوَال ، ، وأما إذا كانت الرباعُ مختلفةً مثل : أن يكونَ منها دُورٌ ، ومنها حَوَائِطُ ، ومنها أرض [(٢)] ، فلا خلاف أنه لا يَجْمَعُ في الْقِسْمَة بِالسُّهْمَة [(٣)] .

[منْ شَرْط قسْمَة الْحَوائط الْمُثْمرة]

ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة : ألاَ تقسمَ معَ الثمرةَ إذَا بَدَا صَلاحُهَا باتِّفَاقٍ فِي الْمَذْهَب ؛ لأنه يكُونُ بيع الطعام بالطعام على رءوسِ الثمر ؛ وذلك مُزَابَنَةٌ ، ، وأما قِسْمَتُهَا قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ ففيه اخْتلافٌ بَيْنَ أَصْحَابِ مَالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبار [(٤)] بحال من الأَحْوَال ، ويعتل لذلك لأنه يُؤَدِّي إلى بيع طعام بِطَعَامٍ مُتَفَاضِلاً ؛ ولذلك زعم أنه لم يُجزْ مَالكٌ شِرَاءَ الثمر الذي لم يَطِبْ بالطعام لا نَسيئَةً ، ولا نقداً ، ، وأما إن كان بعد الإبار [(٥)] ، فإنه لا يجوزُ عنده إلا بِشَرْطِ أن يَشْتَرِطَ أحدهما [على الآخر] [(٦)] أن ما وَقَعَ من الثَّمرِ في نَصِيبِهِ ، فهو دَاخِلُ القسمة ، وما لم يدخل في نصيبه ، فهم فيه على الشركة .

والعلةُ في ذلك عنده : أَنَّهُ يجوزُ اشتراطُ المشتري الثَّمَرَ بعد الإبار ، ولَا يَجُوزُ قَبْلَ الإبار ، فكأن أَحَدَهُمَا اشترى حَظَّ صَاحِبه من جَمِيعِ الثمرات التي وَقَعَتْ لَهُ في الْقِسْمَة بحظه من الثمرات التي وَقَعَتْ لشريكه ، واشترط الثمر .

[صِفَةُ الْقَسْم بالْقُرْعَة]

وصفة القسم بالقرعة : أن تُقْسَمَ الفريضةُ ، وَتحقق وَتضرب إن كان في سِهَامِهَا كَسْرٌ إلى أن تَصِحَّ السِّهَامُ ، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ، ثم [يعدل] [(٧)] على أَقَلِّ السِّهَام بِالقيمة ، فربما عدل جزء من موضعٍ ثلاثةَ أجزاء من موضع آخر على [قيم] [(٨)] الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات ، وعدلت كتبت في بِطَاقِق أَسْمَاء الأشْرَاك ، وأسماء الجهات ، فمن خرج اسْمُهُ في جهة أَخَذَ مِنْهَا ، ، وقيل: [يَرْمى] [(٩)] بالأسماء في الْجِهَات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السِّهْمِ ، ضُوعِفَ له حتى يتم حظه ، ، فهذه هي حال قُرْعَةِ [السهم] [(١٠)] في الرقاب.

---

(١) فى الأصل : البقاء . (٢) فى الأصل : أرضون . (٣) فى الأصل : بالشفعة .
(٤) فى الأصل : الإبان . (٥) فى الأصل : الإبان . (٦) سقط فى الأصل .
(٧) فى الأصل : يعلل . (٨) فى الأصل : قسم . (٩) فى الأصل : يومئ .
(١٠) فى الأصل : السهمة .

[للسُّهْمَةِ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ]

والسهمة : إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع في مواضع : منها قوله تعالى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ [الصافات : ١٤١] ، وقوله : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِم إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران : ٤٤] ، ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه : « أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِه ، [فَأَسْهَمَ](١) رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ ثُلُثَ ذَلِكَ الرَّقِيقِ » (١٠٦٠) .

---

(١) فى الأصل : فاستهم .

(١٠٦٠) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٨) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٥٦/ ١٦٦٨) ، وأبو داود (٤/ ٢٦٦ - ٢٦٧) كتاب العتق : باب فيمن أعتق عبيداً له ، حديث (٣٩٥٨) ، والترمذى (٣/ ٦٤٥) كتاب الأحكام : باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم ، حديث (١٣٦٤) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٦) كتاب الأحكام : باب القضاء بالقرعة ، حديث (٢٣٤٥) ، وأحمد (٤/ ٤٢٦) ، والطيالسى (١/ ٢٨٢ ، ٢٨٣ - منحة) رقم (١٤٣٤) ، وابن الجارود فى «المنتقى» رقم (٩٤٨) ، والطحاوى (٤/ ٣٨١) ، والبيهقى : (١٠/ ٢٨٥) كتاب العتق : باب عتق العبيد لا يخرجون عن الثلث ، من طريق أبى المهلب عن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة قال : وقال له رسول الله ﷺ قولاً شديداً .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٨) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، وأبو داود (٤/ ٢٦٧) كتاب العتق : باب فيمن أعتق عبيداً له ، حديث (٣٩٦١) ، وأحمد (٤/ ٤٣٨ ، ٥٤٥) ، والطحاوى فى «شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٨١) من طريق محمد بن سيرين عن عمران بن حصين .

وأخرجه النسائى (٤/ ٦٤) كتاب الجنائز : باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ، وأحمد (٤/ ٤٢٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٨١) ، والحميدى (٢/ ٣٦٧) رقم (٨٣٠) من طريق الحسن البصرى عن عمران أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبى ﷺ فغضب من ذلك وقال : « لقد هممت أن لا أصلى عليه ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق إثنين وأرق أربعة » .

وقد روى هذا الحديث عن عمران وسمرة بن جندب أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند الموت لم يكن له مال غيرهم ، فأقرع النبى ﷺ فأعتق اثنين وأرق أربعة .

أخرجه الطبرانى فى « الكبير والأوسط » وفيه الفيض بن وثيق وهو كذاب . أ.هـ .

وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى وأبى أمامة .

حديث أبى سعيد :

أخرجه البزار (٢/ ١٤٧ - كشف) رقم (١٣٩٦) ، وابن عدى فى « الكامل » (٥/ ١٩٩) من طريق يزيد بن هارون حدثنا حماد بن سلمة عن على بن زيد عن سعيد بن المسيب عن أبى سعيد الخدرى «أن=

[فيمَا تَجوزُ الْقسْمَةُ بالتَّرَاضي]

وأما القسمةُ بالتراضي [١] : سواءَ كانتْ بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل، فتجوز في الرِّقَابِ المتفقة والمختلفة ؛ لأنها بَيْعٌ من الْبُيُوعِ ، وإنما يُحَرَّمُ فيها ما يُحَرَّمُ في البيوع .

* * *

الْفَصْلُ الثَّاني :
في الْعروضِ

[مَا لا يَجُوزُ فيه الْقَسْمَةُ]

وأما الحيوانُ وَالعروضُ : فاتفق الفقهاء علَى أنَه لا يجوز قِسْمَة واحد منهما لِلْفَسَادِ الدَّاخِلِ فِي ذلك .

[إذَا تَشَاحَّ الشَّريكَان فيمَا لا يَجُوزُ فيه الْقسْمَةُ]

واختلفوا إذا تشاحَ الشريكان في العَيْنَ الواحدة منهما ، ولَم يَتَرَاضَيَا بالانتفاع بها على المشاع ، وأراد أَحَدُهُمَا أن يَبيعَ صَاحِبُهُ معَهُ : فقال مالك ، وأصحابه : يجبر على ذلك ، فَإنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أن يأخذه [٢] بالقيمة التي أَعْطى فيها أخذه ،، وقال أهلُ الظَّاهِرِ : لا يجبر ؛ لأن الأصول تقتضي ألا يَخْرُجَ مِلْكُ أحدٍ من يده إلا بدليل من كتاب ، أو سُنة، أو إجماع .

وحجة مالك : أن في تَرْكِ الإجبار ضَرَراً ،، وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع : إنه ليس يَقُولُ به أَحَدٌ من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء .

= رجلاً فى عهد رسول الله ﷺ أعتق ستة مملوكين لم يكن له مال غيرهم ومات الرجل فبلغ ذلك النبى ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » .

قال البزار : رواه غير يزيد عن سعيد بن المسيب مرسلاً ووصله يزيد مرة ببغداد .

وذكره الهيثمى فى « المجمع » (٤/ ٢١٤) وقال : رواه البزار ، وفيه على بن زيد ، وحديثه حسن ، وفيه ضعف .

حديث أبى أمامة :

أخرجه الطبرانى فى الأوسط كما فى « المجمع » (٤/ ٢١٤) عنه قال : « أعتق رجل فى وصيته ستة أرؤس لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » .

وقال الهيثمى : وفيه توبة بن نمير ولم أجد من ترجمه وفيه عبد الله بن صالح كاتب الليث ، وقد ضعف ، ووثق وبقية رجاله ثقات .

(١) فى الأصل : بالمراضاة . (٢) فى الأصل : يأخذ .

[إذَا كَانَ الْعُرُوضُ أَكْثَرَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِد]

وأما إذا كانت الْعُرُوضُ أَكْثَرَ من جنس واحد، فاتفق العلماء على قِسْمَتِهَا على التَّرَاضِي ،، واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة : فَأَجَازَهَا مالك وأصحابه في الصنف الواحد ،، ومنع ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة ، وابن الماجشون .

[تَمْييزُ الصِّنْف الْوَاحد الذي تَجُوزُ فيه السُّهْمَةُ من التي لا تجوز]

واختلف أصحابُ مالك في تَمَييز الصنف الواحد الذي تَجُوزُ فيه السُّهْمَةُ من التي لا تجوز: فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليمُ بعضه في بعض ،، وأما ابن القاسم فاضطرب: فمرة : أجاز الْقَسْمَ بالسُّهْمَةِ فيما لا يجوز تسليمُ بَعْضِهِ من بعض ، فجعل القسمة أَخَفَّ من السَّلَمِ ،، ومرة : منع القسمة فيما منع فيه السلم ،، وقد قيل : إن مذهبه أن الْقِسْمَةَ في ذلك أَخَفُّ ، وأن مسائله التي يظن من قِبَلِهَا أن الْقِسْمَةَ عنده أَشَدُّ من السلم تَقْبَلُ التأويلَ على أصله الثاني ،، وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في الْقِسْمَةِ ما تقارب من الصنفين ؛ مثل : الْخَزِّ وَالْحَرِيرِ ، والقطن والكتان ،، وأجاز أشهبُ جَمْعَ صِنْفَيْنِ في الْقِسْمَةِ بالسهمة مع التراضي ،، وذلك ضعيف ؛ لأن الغرر لا يجوز بالتَّرَاضِي .

* * *

الْفَصْلُ الثَّالِثُ :
في مَعْرِفَة أَحْكَامِهَا

[الْقَوْلُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ]

فأما المكيل والموزون : فلا تجوز فيه باتفاق ، إلا ما حكى اللخمي .

[الْمَكِيلُ إذا كَانَ صِنْفاً وَاحِداً]

والمكيل أيضاً : لا يخلو أن يكون صُبْرَةً وَاحِدَةً ، أو صُبْرَتَيْنِ فزائداً ؛ فإن كان صِنْفاً واحداً ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل ، أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أَحَدُ الشريكين ،، ولا خلاف في جواز قِسْمَتِه على التراضي على التفضيل الْبَيِّنِ ؛ كان ذلك من الرِّبَوِيِّ ، أو [من] غير الربوي ، أعني : الذي لا يجوز فيه التَّفَاضُلُ ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم ، والمجهول ، ولا يجوز قِسْمَتُهُ جُزَافاً بغير كَيْلٍ ، ولا وزن .

[إذَا كَانَتْ قِسْمَتُهُ تَحَرِّياً]

وأما إن كانت قسمتُهُ تحرياً : فقيل : لا يجوز في المكيل ، ويجوز في الموزون ،، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جَوَازِ بيعه تحرياً .

[إذَا كَانَ منْ صنْفَيْن]

وأما إن لم يكن ذلك من صُبْرَة واحدة ، وكانا صنْفَيْن ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التَّفَاضُلُ ، فلا تجوز قِسْمَتُهَا على جِهَةِ الْجَمْعِ ، إلاّ بالكيل المعلوم فيما يُكَالُ ، وبالوزن بالصَّنْجَة المعروفة فيما يوزن ؛ لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يُدْرَ كم يَحْصُلُ فيه من الصِّنْف الْوَاحد إذا كانا مُخْتَلفَيْن من [الكيل] [1] المعلوم ،، وَهَذا كُلُّهُ علَى مَذْهَبِ مَالك؛ لأن أَصْلَ مذهبه أنه يُحَرِّمُ التَّفَاضُلَ فِي الصِّنْفَيْنِ إذا تقاربت مَنَافعُهُمَا ؛ مثل : القمحِ ، والشعير .

[إذَا كَانَ مِمَّا يَجُوزُ فيه التَّفَاضُلُ]

وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل ، فيجوز قِسْمَتُهُ على الاعتدال ، والتفاضل الْبَيِّن المعروف بالمكيال المعروف ، أو الصَّنْجَة المعروفة ، أعني : على جهة [الجمع] [2] وإن كانا صِنْفَيْنِ ،، وهذا الجواز كُلُّهُ في المذهب على جهَة الرِّضَا .

[إذَا لَمْ يَكُنْ تَرَاضياً بَلْ وَاجبَ الْحُكْمِ]

وأما في وَاجِبِ الْحُكْم ، فلا تنقسم كل صُبْرَةٍ إلا على حدة ، وإذا قُسِمَتْ كُلُّ صبرة على حدَة ، جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ،، فهذا كله هو حكم الْقِسْمَةِ التي تَكُونُ فِي الرِّقَاب .

* * *

---

(١) فى الأصل : المكيال .

(٢) فى الأصل : المنع .

الْقَوْلُ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي : وَهُوَ قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ بِالأَزْمَانِ

[هَلْ تَجُوزُ بِالسُّهْمَةِ ؟ وَهل يُجْبَرُ عليها ؟ وهل تَجُوزُ بِالْقُرْعَةِ ؟]

فأما قسمة المنافع : فإنها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يُجْبَرُ عليها من أباها ، ولا تكون الْقُرْعَةُ على قِسْمَةِ المنافع ،، [وذهب أبو حنيفة ، وأصحابه إلى أنه يجبر على قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ] (١) ،، وقسمة المنافع هي عند الجميع [بالمهايأة] (٢) ؛ وذلك إما بالأزمان ، وإما بِالأَعْيَانِ .

[قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ بِالأَزْمَانِ]

وأما قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ بِالأَزْمَانِ : فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مُسَاوِيَةً لمدة انتفاع صَاحِبِهِ .

[قِسْمَةُ الأَعْيَانِ]

وأما قسمة الأعيان : بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كُلُّ وَاحِدٍ منهما بما حَصَلَ له مُدَّةً مَحْدُودَةً ، وَالرقابُ بَاقِيَةٌ عَلَى أَصْلِ الشَّرِكَةِ .

[اخْتِلافٌ فِي تَحْدِيدِ المدة التي تَجُوزُ فيهَا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ]

وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلافٌ في تحديد المدة التي تَجُوزُ فيها الْقِسْمَةُ لِبَعْضِ الْمَنَافِعِ دُونَ بَعْضٍ للاغْتِلالِ ، أو الانتفاع ، مثلُ : استخدامِ الْعَبْدِ ، وَرُكُوبِ الدابة، وزراعة الأرض.

[الْقِسْمَةُ فيما يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وفيما لا ينقل ويحول]

وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول ، أو لا يُنْقَلُ وَلا يُحَوَّلُ : فأما فيما ينقل ويحول ، فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ، ويجوز في المدة الْيَسِيرَةِ ؛ وذلك في الاغتلال والانتفاع ،، وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز في المدة البعيدة ، والأَجَلِ الْبَعِيدِ ؛ وذلك في الاغتلال والانتفاع ،، واختلفوا في المدة اليسيرة فيما يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ في الاغتلال: فقيل : اليوم الواحد ونحوه ،، وقيل : لا يجوز ذلك في الدابة والعبد .

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فى الأصل : بالمقامات .

[الْمُدَّةُ في الاسْتِخْدَامِ]

وأما الاستخدامُ ، فقيل : يجوز في مِثْلِ الأَيَّامِ الْخَمْسَةِ ،، وقيل : في الشهر ، وأكثر من الشهر قليلاً .

[التَّهَايُؤُ في الأَعْيَان]

وأما [التهايؤُ في الأعيانِ] [١] : بأن يَسْتَعْمِلَ هذا دَاراً مُدَّةً من الزمان ، وهذا دَاراً تلك المدة بِعَيْنِهَا : فقيل : يجوز في سُكْنَى الدَّارِ ، وَزِرَاعَةَ الأَرْضِين ، ولا يجوز ذلك في الْغلَّةِ وَالْكِرَاء إلا في الزمان اليسير ،، وقيل : يَجُوزُ على قِيَاسِ [التَّهَايُؤِ] [٢] بالأزمان ،، وكذلك القولُ في استخدام العبد والدواب ، يجري القول فيه على الاختلاف في قِسْمَتِهَا بالزمان ،، فهذا هو القولُ في أنواع القسمة في الرِّقَابِ ، وفي المنافع ، وفي الشروط المصحِّحَةِ وَالْمُفْسِدَةِ ،، [وبقي] من هذا الكتاب القول في الأحكام .

* * *

الْقَوْلُ في الأَحْكَامِ

[مَتَى يَجُوزُ نَقْضُ الْقِسْمَةِ ، أَوِ الرُّجوع فيهَا]

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ، [ولا الرجوع فيها ؛ إلا بالطوارىء عليها ، والطوارىء ثلاثة : غَبْنٌ ، أَو وجودُ عَيْبٍ ، أو استحقاقٌ ،، فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا] [٣] في قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ باتفاق في المذهب ، إلا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع ، فيلزم على مذهبه أن يُؤَثِّرَ في القسمة .

[الرَّدُّ بالْعَيْبِ في الْقِسْمَةِ]

وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يَجِدَ الْعَيْبَ في جُلِّ نَصِيبِهِ ، أَوْ في [أقله] [٤] ؛ فإن وجده في جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيبُ الذي حَصَلَ لشريكه قَدْ فَاتَ ، أَوْ لَمْ يَفُتْ ؛ فإن كان قد فَاتَ رَدَّ الْوَاجِدُ الْعَيْبَ نَصِيبَهُ على الشركة ، وأخذ من شريكه نِصْفَ قيمة نَصِيبِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ ،، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة ، وعادت الشركة إلى أصلها ؛ وإن كان العيب في أَقَلِّ ذلك ، رُدَّ ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيبُ صاحبه ، أو لم يفت ، ورجع على شَرِيكِهِ بِنِصْفِ قيمةِ [الزيادة] [٥] ، ولا يرجع في شَيْءٍ مما في يَدِهِ ، وإن كان قائماً

---

(١) فى الأصل : التعيين فى الأقوال . (٢) فى الأصل : التهامى . (٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : غيره . (٥) الأصل : ذلك الذى ردّ .

بالعيب ،، وقال أشهب : والذي يوجب الرد بعينه عنده قد تقدم في « كتاب البيوع » .
وقال عبدُ العزيزابن الماجشون [١] : وجودُ العيبِ يَفْسَخُ القسمَةَ التي بالقرعة ،ولا يفسخ التي بِالتراضِي ؛ لأن التي بالتراضي هي بيع ، وأما التي بِالْقُرْعَةِ فهي تَمْيِيزُ حَقٍّ ، وإذا فُسِخَتْ [بالغبن] [٢] ، وجب أن تفسخ بالرد بالعيب .

حكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً ، وحظ الشريك لم يفت رَجَعَ معه شَرِيكاً فيما في يَدَيْهِ ، وإن كان قد فات رَجَعَ عليه بِنِصْفِ قيمةِ ما في يديه ، وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قِيمَةِ ذَلكَ الشَّيْءِ ،، وقال محمد : إذا استحق ما في يَدِ أَحَدِهِمَا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ في قِسْمَةِ القرعة ؛ لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عَدْلٍ ؛ كقول ابن الماجشون في العيب .

وأما إذا طَرَأَ على المال حَقٌّ فيه ، مثل طُرُوءِ الدَّيْنِ على التركة بعد القسمة ، أو طُرُوِّ الوصية ، أو طُرُوِّ وارثٍ ، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك : فأما إنْ طَرَأَ الدَّيْنُ : قيل في المشهور عند مالك في المذهب - وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تَنْتَقِضُ ، إلا أن يتفق الوَرَثَةُ على أن يعطوا الدَّيْنَ من عندهم ، سواء كانت حُظُوظُهُمْ بَاقِيَةً بأيديهم ، أو لم تكن ، هلكت بأمر من [الله] [٣] ، أو لم تهلك ،، وقد قيل أيضاً : إن القسمة إنما تنتقض بِيَدِ مَنْ بَقِيَ في يَدِه حَظُّهُ ، ولَمْ تهلك بِأَمْرٍ من السماء .

[إِذَا هَلَكَ نَصِيبُ أَحَدِ الْمُقْتَسِمينَ بِأَمْرٍ سَمَاوِيٍّ]

وأما من هلك حَظُّهُ بأمر من السماء ، فلا يرجع عليه بشيء من الدَّيْنِ ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداءِ الدَّين ،، وقيل : بل تَنْتَقِضُ الْقِسْمَةُ ، ولا بد ؛ لحق الله - تعالى - لقوله تعالى : ﴿ **مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ** ﴾ [النساء:١٢]،، وقيل: بل تنتقض إلا في [حق من][٤] أعطىً منه ما ينوي به من الدَّين.

[وهكذا] [٥] الحكم في طرو الموصي له على الْوَرَثَة ،، وأما [طرو] [٦] الوارث على [الشركة] [٧] بعد الْقِسْمَة ، وقبل أن يفوت حَظُّ كُلٍّ وَاحد منهم ، فلا تنتقض القسمة ، وأُخِذَ من كُلٍّ وَاحِد حَظُّهُ إن كان ذلك مكيلاً أو مَوْزُوناً ، وإن كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة ،، وهل يضمن كُلُّ وَاحد منهم ما تلف في يَدِهِ بِغَيْرِ سَبَبٍ منه ؟ فقيل : يَضْمَنُ ،، وقيل : لا يضمن ،،　　تَمَّ بِحَمْدِ الله كتاب القسمة .

---

(١) في الأصل : أبى سلمة .　(٢) في الأصل : بالعيب .　(٣) في ط : السماء .
(٤) في الأصل : فيمن .　(٥) في الأصل : وهذا .
(٦) في الأصل : إن طرأ .　(٧) في الأصل : التركة .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الرُّهُونِ (١)

---

(١) الرهن يطلق لغة على العين المرهونة .

قال ابن سيده : الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه يقال : رهنت فلاناً رهناً ، وارتهنته إذا أخذه رهناً ، والرهينة واحدة الرهائن الرهن . والهاء للمبالغة كالشتيمة والشتم ، ثم استعملا فى معنى المرهون ، فقيل : هو رهن بكذا ، أو رهينة بكذا ، وفى الحديث : « كل غلام رهينة بعقيقته » .

ومعناه : أن العقيقة لازمة له لا بد منها ، فشبهه فى لزومها ، وعدم انفكاكه منها بالرهن فى يد المرتهن .

قال الخطابى : تكلم الناس فى هذا ، وأجود ما قيل فيه ما ذهب إليه أحمد بن حنبل ، قال : هذا فى الشفاعة ، يريد أنه إذا لم يعقَّ عنه ، فمات طفلاً لم يشفع فى والديه ، أى : أن كل غلام محبوس ، ومرهون عن الشفاعة بسبب ترك العقيقة عنه .

وقيل : معناه أنه مرهون بأذى شعره ، واستدلوا بقوله : « فأميطوا عنه الأذى » وهو ما علق به من دم الرحم .

ورهنه الشئ يرهنه رهناً ورهنه عنده ، كلاهما جعله عنده رهناً ، ورهنه عنه جعله رهناً بدلاً منه .

قال الشاعر : [الكامل]

ارهن بنيك عنهم وأرهن بنى

أى : أرهن أنا بنى كما فعلت أنت .

ويطلق على الدوام والحبس .

قال ابن عرفة : الرهن فى كلام العرب : هو الشئ الملزم ، يقال : هذا رهن لك ، أى : دائم محبوس عليك ، وقوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ و ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ أى: محتبس بعمله ، ورهينة محبوسة بكسبها .

وحديث : « نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه » أى : محبوسة عن مقامها الكريم .

قال الشاعر : [البسيط]

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها ، واحتباسه عندها لشدة وجده بها ، بالرهن الذى يلزمه المرتهن ، فيبقيه عنده ، ولا يفارقه ، وكل شئ ثبت ودام فقد رهن ، ورهن لك الشئ أقام ودام ، وطعام راهن مقيم .

وأنشد الأعشى يصف قوماً يشربون خمراً لا تنقطه : [البسيط]

لا يستفيقون منها وهى راهنة ... إلا بهات وإن علوا وإن نهلوا

ورهن الشئ رهناً دام وثبت ، وراهنة فى البيت ثابتة ، ورهين والرهن اسمان .

قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ .

=

... ...

= سبق أمر الله - تعالى - بكتابة الدين ، والإشهاد عليه قبل هذه الآية ؛ إحتياطا لحفظ المال كى يؤمن جحوده ، أو طلب الزيادة فيه ، أو نسيانه ، وكى يحوط الأمة بما يحفظ وحدتها ، ويحول بينها وبين سلوك طرق قد تؤدى إلى التفرق والانحلال ، وإشعال نار الفتنة فى صفوفها ، ولما كان السفر مظنة فقد الكاتب ، أو أدوات الكتابة ، فيتعذر ، أو يتعسر الكتب والإشهاد ، شرع الله - تعالى - التوثق بالرهن ، فيكون المعنى « وإن كنتم » أيها المتداينون « على سفر » مسافرين ، أو متوجهين إليه « ولم تجدوا كاتباً » فى المداينة « فرهان مقبوضة » فالذى يستوثق به أو فعليكم ، أو فليؤخذ منكم ، أو فالمشروع رهان مقبوضة وليس هذا التعليق لاشتراط السفر فى جواز الارتهان، بل لبيان الواقع ، فهو مخرج الغالب ، فلا مفهوم له ، وإنما لم يتعرض لحال الشاهد ؛ لأنه فى حكم الكاتب يغلب فقده ، والاحتياج إليه .

وفعله ﷺ روى عن أنس رضى الله عنه قال : « رهن رسول الله ﷺ درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله » رواه أحمد ، والبخارى ، والنسائى وابن ماجه ، وروى عن عائشة رضى الله عنها : «أن النبى ﷺ اشترى طعامًا من يهودى إلى أجل ، ورهنه درعا من حديد » .

وفى لفظ : « توفى ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعاً من شعير » أخرجاهما .

ولأحمد ، والنسائى ، وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس رضى الله عنه .

وإجماع المسلمين على جواز الرهن فى الجملة .

والرهن عقد وثيقة لجانب الاستيفاء ، فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب كالكفالة ، والجامع أن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين ، فإن صاحب الحاجة قلما يجد من يقرضه مالا بلا رهن ، والدائن يأمن بالرهن من ضياع ماله بالجحود ، أو بإسراف المدين وتبذيره فى ماله بحيث لم يبق منه شئ أى بمشاركة غيره من الغرماء ، فكان فيه نفع لهما ، كما فى الكفالة والحوالة ، فلذلك شرع وبعبارة أوضح أن للدين طرفين : طرف الوجوب ، وطرف الاستيفاء ؛ لأنه يجب أولاً فى الذمة ، ثم يستوفى فى المال بعد ذلك ، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة ، وهى الكفالة جائزة ، فكذا الوثيقة التى تختص بالمال ، بل بطريق الأولى ؛ لأن الاستيفاء هو المقصود ، والوجوب وسيلة إليه .

وإن الله - سبحانه وتعالى - شرع الأحكام كفيلة بسعادة الناس فى الدارين ، ونظم العلاقات تنظيما بديعاً متقنا ، كيلا يكون هناك مجال للشقاق بين الأفراد والجماعات ، فتبقى الروابط وثيقة بين الجميع، لهذا وضع نظام المبادلات ، ولم يدع الناس لأهوائهم التى لا تقف عند حد ، وأبان طرق التعامل الصحيح الذى تترتب عليه آثاره .

ففى البيع مثلاً تستقر الملكية ، ويسوغ التصرف ، ويباح الانتفاع ، وفى الإجارة يستحق المكترى المنفعة ، وفى الرهن يصير المرتهن أحق بالمرهون ، ويصبح آمناً على ماله من الذهاب ، فلا يخشى إفلاس مدينه ، أو جحوده ، أو مطله ، وإذا نظرنا نظرة ثاقبة فى أحوال الناس ،و رأينا الذمم سريعة التغير ، فكم من أمين أصبح خائناً ، ومن مستقيم صار معوجاً ، ومن هادئ وادع قد ساءت أخلاقه، ومن عاقل قد غره تيار المدنية ، وغلبت عليه المظاهر الكاذبة ، ولهذا نرى فلاناً الغنى بالأمس معدما قد أثقلته الديون ، وعجز عن قضائها ، فانتزعت أملاكه ، وبيعت فى المزاد العلنى ، بل إن بعض الناس قد يحتال ، فيستولى على بضائع من التجار ، أو على مال من بعض الناس مدعياً أنه من ذوى الثراء ، متظاهراً بمظهر كاذب خادع ، ثم يتبين أنه محتال ، لا يملك نقيراً ولا قطمير ، =

... ...

= والحوادث ماثلة أمام أعيننا ، ينشر كل يوم فى الصحف منها ما يعد بالعشرات ،وهذا مما يقلل الثقة، ويحمل على قبض الأيدى عن البذل ، لمن يدعى الحاجة ، ويلح فى الحصول على شئ من النقود أو العروض ، أو غير ذلك ، ومن هنا نستطيع أن ندرك حكمة الشارع الحكيم فى شرعه الرهن، وما يماثله من طرق التوثيق ، كالكتابة والشهادة والضمان ، ومن تأمل يرى أن المنفعة فيه مزدوجة ، وليست قاصرة على المرتهن ، بل يشاركه الراهن فيها أيضا ، إذ قد تدعوه الحاجة إلى مد يده إلى الغير مقترضاً ، كأن تنفد مئونة أهله ، وليس عنده مال يشترى به طعاماً ، ويمسك الناس عن معاملته فلا يقرضونه ، أو يبيعونه إلى أجل ، أو يموض قريبه ، فيحتاج إلى عرضه على الطبيب ، أو شراء الدواء له ، فلا يجد إلا الرهن ، أو نحوه مخلصاً له من حيرته ، وميسراً لحاجته ، لا سيما هذا الزمن الذى تغلبت فيه المادة ، وسيطرت على النفوس ، وقلت فيه المروءة ، وذهبت النجدة ، وساءت الظنون، وغاض الوفاء ، فلا يعتمد فيه على أقارب ، ولا أصدقاء ، وحلت الخصومات محل الإخاء ، ونسى الناس ، أو تناسوا أن الأمة الإسلامية أسرة واحدة ، بل جسم واحد ، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى ، وأنهم كالبنيان يشد بعضه بعضاً ، فلولا الرهن ، وما شابهه من الوثائق، لمات الفقير جوعاً ، ولم ير من يمد إليه يد المعونة ، ولظل المريض يعانى آلام المرض ، فلا يجد من يضمد جرحه ، وينتشله من آلامه ، ولقبض الميت ، فما وجد أهله ما يكفنونه به .

فنعمت الأحكام ، ونعم المشرع ، ولا غرو فإنها نعمة عظيمة ، تيسر الوصول إلى المال ، أو القوت من طرق مشروعة ، فلولاها لاضطر أصحاب الفاقة إلى الربا ، تحت تأثير الشدة التى يعانونها ، أو إلى الانتحار تخلصاً من حياة مليئة بالألم والشقاء ، أو إلى السرقة ، أو الغصب إلى غير ذلك ، مما يجر على العالم ويلات ، ويوقعه فى كوارث ، وينخر فى عظام الأمة الإسلامية ، فسبحانه من إله حكيم عالم بأصل الداء ، واصف له أنجح ادواء .

على أن الراهن قد يرهن كرائم أمواله ، ونفائسها التى تعز عليه ، وتأبى نفسه بيعها ، فينتهز أقرب الفرص لإنقاذها ، ويقلل من الكماليات ، كيلا يتحكم فيه المرتهن ، ويزهو عليه ، ويفقده أعز ما يعده متعة لنفسه ، فيباع فى الأسواق بثمن بخس .

هذا إذا كان ناضج العقل ، سليم التفكير لا يلهو بحاضره عن غده ، ولست مبالغاً إذا قلت : إن الراهن هو صاحب المنفعة الأصلية ، لأنه ينتفع بالمال حتى يحل وقت الأداء ، وقد يكون حين الحصاد أو جنى القطن ، أو نضج الثمار ، فيتبدل العسر يسرا ، والشدة رخاء ، فيستعيد ماله المرهون بعد الوفاء ، فأى غبن وقع عليه ؟ وأى حيف لحقه ؟ ألم يكن فى الرهن محافظة على ماله من الفناء بأبخس الأثمان ؟ لا سيما إذا عرف المشترى أنه فى حالة اضطرار ، فقد يشترى منه المنزل الذى يساوى ألفا بخمسمائة مثلا على أكثر تقدير ، إذا تعين البيع وحده ، لسد رمقه ، وانتشال أسرته مما هى فيه من بؤس ، أما المرتهن ، فإنه أفاد الطمأنينة على ماله فقط .

وبهذا يكون قد تحقق معنى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » وأن الحالة الحاضرة التى تدعو إلى الأسف ، وتمزق الأحشاء ، وتذيب القلوب ، فتبيح للمرتهن الانتفاع بالمرهون بالإذن الجبرى فى صورة الاختيارى ، أو فرض ربح رسمى على المائة ليست من الدين فى قليل أو كثير ، وهى مندرجة تحت آيات ، وأحاديث الربا .

[الأصلُ فِي هَذَا الْكتَاب]

والأصل في هذا [الكتاب] (١) قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

[النَّظَرُ في هذا الْكتَابِ ، وفيما يكون]

والنظر في هذا الكتاب في الأركان ، وفي الشروط ، وفي الأحكام ،، والأركان هي: النَّظَرُ في الراهن ، والمرهون ، والمرتهن ، والشيء الذي فيه الرَّهْنُ ، وصِفَة عَقْدِ الرَّهْنِ.

[مِنْ صفة الرَّاهِنِ]

الركن الأول : فأما الراهنُ ، فلا خلاف أن من صفته أن يكون غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، من أَهْلِ السَّدَادِ .

[مَتَى يَرْهَنُ الْوَصِيُّ ، وَالمكاتبُ ، والمأذون ؟]

والوصي يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك سَدَاداً ، ودعت إليه [الضرورة](٢) عند مالك ،، وقال الشافعي : يرهن لمصلحة ظاهرة ، ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك ،، قال سحنون : فإن ارْتَهَنَ في مال [أسلفه] (٣) لم يَجُزْ ؛ وبه قال الشافعي .

واتَّفَقَ مَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ على : أن المفلس لا يجوز (٤) رهنه ،، وقال أبو حنيفة : يجوز.

[الَّذي أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَاله]

واختلف قولُ مالك في الذي أحاط الدَّين بماله : هل يجوز رَهْنُهُ ؟ أعني : هل يلزم ، أم لا يلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يَجُوزُ ، أعني : قبل أن يُفْلِسَ ،، والخلافُ آيل إلى هل الْمُفْلِسُ مَحْجُورٌ عليه أم لا ؟ [وكل] (٥) من صح أن يكون راهناً صَحَّ أن يكون مُرْتَهِناً.

[بِمَ يَصِحُّ الرَّهْنُ]

الركن الثاني : وهو الرهن قالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط : الأول أن يكون [عيناً] (٦) ، فإنه لا يجوز أن يَرْهَنَ الدَّيْنَ ،، الثاني : أن لا يمتنع إثباتُ يَدِ الراهن المرتهن عليه كالمصحف ،، ومالك يُجيزُ رَهْنَ الْمصحَفِ ، ولا يَقْرأُ فِيهِ الْمُرْتَهِنُ ،، والخلافُ مَبْنِيٌّ على [البيع] (٧) ،،

---

(١) فى الأصل : الباب . (٢) فى الأصل : ضرورة . (٣) فى الأصل : سلفه .
(٤) وهذا الخلاف ليس خاصًا بالرهن بل عام فى جميع أبواب المعاملات .
(٥) فى الأصل : هل . (٦) فى الأصل : غنيًا . (٧) فى الأصل : المنع .

الثالث : أن تكونَ الْعَيْنُ (١) قَابِلَةً لِلْبَيْعِ عند حُلُول الأَجَلِ.

[مَا لا يَحِلُّ بَيْعُهُ وَقْتَ الارْتِهَانِ ، وَهَلْ يَجُوزُ رَهْنُهُ] ؟

ويجوز عند مالك أن يَرتهن ما لا يحل بَيْعُهُ فِي وقت الارتهان ؛ كالزرع والثمر لم يَبْدُ صَلاحُهُ ولا يباع عنده في أَدَاءِ الدَّيْنِ إلا إذا بَدَا صَلاحُهُ ، وإن حَلَّ أَجَلُ الدَّين .

وعن الشافعي قولانِ في رَهْنِ الثمر الذي لم يَبْدُ صَلاحُهُ ، ويباع عنده عند حلول الدَّين (٢) على شرط القطع ،، قال أبو حامد : والأصح جوازه .

[رَهْنُ مَا لا يَتَعَيَّنُ ، وَهَلْ لا بُدَّ فِي الْمَرْهُونِ أن يكون ملكاً للراهنِ ؟]

ويجوز عند مالك رَهْنُ ما لم يتعين ؛ كالدنانير والدراهم إذا طَبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملْكاً للراهن لا عند مالك ، ولا عند الشافعي ، بل قد يجوز عندهما أن يكون مُستَعَاراً .

[مِنْ شَرْطِ الرَّهْنِ]

واتفقوا على أن من شَرْطه أَنْ يَكُونَ إِقْرَارُهُ في يد المرتهن من قبل الراهن .

[إِذَا كَانَ قَبْضُ الْمُرْتَهِن لِلرَّهْنِ بِغَصْب]

واختلفوا إذا كان قَبْضُ المرتهن له بغصب ، ثم أَقَرَّهُ الْمَغْصوبُ منه في يَده رَهْناً : فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء المغصوب من ضَمَانِ الْغَصْبِ إلى ضَمَانِ الرَّهْنِ ، فيجعلُ المغصوبُ منه الشيءَ المغصوبَ رَهْناً في يَدِ الْغَاصِبِ قَبْلَ قَبْضِهِ منه ،، وقال الشافعي : لا يجوز ، بل يبقى على ضمان الغصب ، إلا أن يَقْبضَهُ .

[رَهْنُ الْمُشَاعِ]

واختلفوا في رَهْنِ المشاعِ ، فمنعه أبو حنيفة ، وأجازه مالك ، والشافعي ،، والسبب في الخلاف : هل تمكن حيازة المشاع ، أم لا تمكن ؟ (٣) .

[الشَّيْءُ الْمَرْهُونُ فيه ، وفيما يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ الرَّهْنُ]

الركن الثالث : وهو الشيء المرهون فيه : وأصلُ مذهب مالك في هذا أنه يَجُوزُ أن يؤخذ الرهن في جميع الأَثْمَانِ الْوَاقِعَةِ في جميع البيوعات (٤) إلا الصرف ، ورأس المال في السلم المتعلق (٥) بالذمة ؛ وذلك لأن الصَّرْفَ من شَرْطِهِ التَّقَابُضُ ، فلا يجوز فيه

---

(١) وذلك لأن مقصود الرهن أو من مقاصده استيفاء الحق من ثمن المرهون عند تعذره من الراهن فيشترط قبوله للبيع . أما ما لا يجوز بيعه كالحر والوقف والنجس والميتة والمعدوم والمرهون بعد قبضه فلا يجوز رهنه ولا يشترط أن يكون مملوكا للراهن فيجوز أن يستعير دابة ليرهنها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار شيئا من الرجل ليرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل أن ذلك جائز .

(٢) فى الأصل : الأجل .

(٣) من أول « وعن الشافعى قولان » إلى « أم لا تمكن » جاء فى الأصل فى نهاية كتاب الرهون .

(٤) فى الأصل : المبيعات . (٥) فى الأصل : المعلق .

عقدةُ الرهن ، وكذلك رأسُ مَالِ السَّلَمِ ، وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى ،، وقال قومٌ من أهل الظاهر : لا يجوز أَخْذُ الرهن إلا في السَّلَمِ خاصة ، أعني : في المسلم [فيه] (١) ،، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك ؛ لكونِ آيةِ الرهن وَارِدَةً في الدَّيْنِ في المبيعات ، وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعَلُوا هذا شَرْطاً من شروط صحة الرهن ؛ لأنه قال في أول الآية : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ، ثم قال : ﴿ وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ،، فعلى مَذْهَبِ مالك يجوز أخذ الرَّهْن في السلم ، وفي [القرض] (٢) وفي الغصب ، وفي قِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ ، وفي [أروش] (٣) الجنايات في الأموال ، وفي جِرَاحِ الْعَمْدِ الذي لا قَوَدَ فيه ؛ كالمأمومة والجائفة .

وأما قَتْلُ الْعَمْدِ ، والجراح التي يُقَادُ منها ، فَيَتَخَرَّجُ في جَوَازِ أخذِ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان : أحدهما : أن ذلك يجوز ؛ وذلك على القول بأن الْوَلِيَّ مُخَيَّرٌ في العمد بين الدية ، والقود .

والقول الثاني : أن ذلك لا يجوز ؛ وذلك أيضاً مَبْنِيٌّ على أن ليس للولي إلا الْقَوَدُ فقط إذا أَبَى الْجَانِي من إِعْطَاءِ الدِّيَةِ ، ويجوز في قَتْلِ الْخَطَأ أخذُ الرهن ممن يتعين من الْعَاقِلَةِ ؛ وذلك بعد الحول ، ويجوز في الْعَارِيَةِ التي تُضْمَنُ ، ولا يجوز فيما لا تُضْمَنُ، ويجوز أَخْذُهُ في الإجارات ، ويجوز في الْجعلِ بَعْدَ الْعَمَلِ ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرَّهْنُ في المهر ، ولا يجوز في الحدود ، ولا في القصاص ، ولا في الكتابة ،، وبالجملة: فيما لا تصح فيه الكفالة .

[قول الشافعية في شروط الْمَرْهُون فيه]

وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث . :**أحدها** : أن يكون دَيْناً ؛ فإنه لا يُرْهَنُ فِي عَيْنٍ ،، **الثاني** : أن يكون وَاجِباً ؛ فإنه لا يرهن قَبْلَ الْوُجُوبِ ، مثل : أن يسترهنه (٤) بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك ،، **والثالث** : ألا يكون لُزُومُهُ متوقعاً أن يجب وألا يجب ؛ كَالرَّهْنِ في الكتابة ،، وهذا المذهب قريبٌ من مذهب مالك .

* * *

---

(١) فى الأصل : إليه .
(٢) فى الأصل : القراض .
(٣) فى الأصل : أرش .
(٤) فى الأصل : يستقرضه .

الْقَوْلُ فِي الشُّرُوط

[الشُّرُوطُ الْمَنْطُوقُ بِهَا فِي الشَّرْعِ]

وأما شروطُ الرَّهْنِ : فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان : شروطُ صِحَّةٍ ، وشروطُ فَسَادٍ .

[شُرُوطُ الصِّحَّة المنطوقُ بهَا في الرَّهْنِ]

فأما شروط الصحة المنطوق بها في [الرهن] (١) - أعني : في كَوْنِهِ رهناً - فشرطان : أحدهما : متفق عليه بالجملة ، ومختلف في الجهة التي هو بها شرط ، وهو القبض . والثاني : مُخْتَلَفٌ في اشتراطه .

[الْقَبْضُ شَرْطٌ فِي الرَّهْنِ ، وهل هو شَرْطُ تَمَامٍ ، أَو صحَّة ؟]

فأما القبض ، فاتفقوا [بالجملة] (٢) على أنه شَرْطٌ في الرهن ؛ لقوله تعالى : ﴿**فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ**﴾ [البقرة : ٢٨٣] ،، واختلفوا هل هو شرطُ تمامٍ ، أو شَرْطُ صحَّة ؟ وفائدةُ الفرق : أن من قال : شرط صحة ، قال : ما لم يقع القبضُ لم يلزم الرَّهْنُ الرَّاهِنَ ، ومن قال : شرط تمام ، قال : يلزم بالعقد ، وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على [الإقباض] (٣) ، إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يُفْلسُ الراهنُ ، أَوْ يَمْرَضُ ، أو يَمُوتُ ،، فذهب مالك إلى أنه من شروط صحة التمام ،، وذهب أبو حنيفة ، والشافعي ، وأهل الظاهر إلى أنه من شُرُوط الصِّحَّة .

[عُمْدَةُ مَالك أنه من شُرُوطِ التمامِ ، وعمدةُ غَيْرِهِ]

وعمدة مالك : قياس الرهنِ على سائر العقود اللازمة بالقول ، وعمدة الغير : قوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾ .

[اشتراطُ أَهْلِ الظَّاهِرِ وُجُودَ كَاتِبٍ فِي الرَّهْنِ]

وقال بعض أهل الظاهر : لا يجوز الرهنُ ، إلا أن يكون هنالك كاتب ؛ لقوله تعالى: ﴿ **ولَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾ ،، ولا يجوِّزُ أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يَدَيْ عَدْلٍ .

[اسْتِدَامَةُ الْقَبْضِ لِصحَّة الرَّهْنِ]

وعند مالك : أن من شرطِ صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد إلى يَدِ الراهن

---

(١) في الأصل : الشرع . (٢) سقط في ط . (٣) سقط في الأصل .

بإذن المرتهن بعارية ، أو وديعة ، أو غير ذلك ، فقد خرج عن اللزوم ،، وقال الشافعي: ليس استدامةُ القبض من شرط الصحة ،، فمالك عَمَّمَ الشَّرْطَ على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ وجود القبض ، واستدامته ،، والشافعي يقول : إذا وُجِدَ القبضُ فقد صَحَّ الرَّهْنُ وانعقد ، فلا يحل ذلك إعارته ، ولا غير ذلك من التصرف فيه ؛ كالحال في البيع ،، وقد كان الأَوْلَى بمن يشترط القبضَ في صحَّة العقد أن يشترط الاسْتِدَامَةَ ، ومن لم يشترطه في الصحة ألا يشترط الاستدامة ،، واتفقوا على جَوَازِهِ في السفر .

[اخْتِلافُ الْفُقَهَاءِ فِي جَوَازِ الرَّهْنِ فِي الْحَضَرِ]

واختلفوا في الحضر ، فذهب الجمهور إلى جوازه ،، وقال أهل الظاهر ، ومجاهد : لا يجوز في الحضر ؛ لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ ... ﴾ الآية ،، وتمسك الجمهورُ بما ورد من : « **أَنَّهُ ﷺ رَهَنَ فِي الحَضَرِ** » (١٠٦١) ، والقولُ في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب .

[الشَّرْطُ الْمُحَرَّمُ فِي الرَّهْنِ]

وأما الشرطُ المحرَّمُ الممنوعُ بالنص : فهو أن يرهن الرجل رَهْناً على أنه إن جاء بِحَقِّه عند أجله ، وإلا فالرهنُ له - فاتفقوا على أن هذا الشرط يُوجِبُ الْفَسْخَ ، وأنه معنى قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ** » .

* * *

(١٠٦١) أخرجه البخارى (٤/ ٣٠٢) كتاب البيوع : باب شراء النبى بالنسيئة ، حديث (٢٠٦٩) وأحمد (٣/ ١٣٣) ، والنسائى (٧/ ٢٨٨) كتاب البيوع : باب الرهن فى الحضر ، وابن ماجه (٢/ ٨١٥) كتاب الرهون : باب (١) حديث (٢٤٣٧) ، والترمذى (٣/ ٥١٩ - ٥٢٠) كتاب البيوع : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، حديث (١٢١٥) ، وأبو يعلى (٥/ ٣٩٤) رقم (٣٠٦١)، وأبو الشيخ فى « أخلاق النبى » (ص - ٢٦٣) ، والبيهقى (٦/ ٣٦) كتاب الرهن : باب جواز الرهن، كلهم من حديث قتادة عن أنس « أنه مشى إلى النبى ﷺ بخبز شعير وإهالة سَنِخَه ولقد رهن النبى ﷺ درعاً له بالمدينة عند يهودى ، وأخذ منه شعيراً لأهله ، ولقد سمعته يقول : ما أمسى عند آل محمد ﷺ صاع بر ولا صاع حب وإن عنده لتسع نسوة » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

الْقَوْلُ فِي الْجُزْءِ الثَّالث منْ هَذَا الْكِتَابِ :
وَهُوَ الْقَوْلُ فِي الأَحْكَامِ

وهذا الجزء ينقسم إلى : مَعْرِفَةِ ما للراهن من الْحُقُوقِ في الرهن ، وما عليه ، وإلى مَعْرِفَةِ ما لِلْمُرْتَهِنِ في الرهن ، وما عليه ، وإلى مَعْرِفَةِ اختلافهما في ذلك ؛ وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمورٍ طَارِئَةٍ على الرهن ،، ونحن نذكر من ذلك مَا اشْتَهَرَ الخلافُ فيه بين فقهاء الأمصار ، والاتفاق .

[حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فِي الرَّهن]

أما حق المرتهن في الرهن فهو : أن يمسكه حتى يُؤَدِّيَ الراهنُ ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل ، كان له أن يَرْفَعَهُ إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن ، وينصفه منه إن لم يُجِبْهُ الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائباً .

[إنْ وَكَّلَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ على بَيْعِ الرَّهْنِ عند حُلُولِ الأَجَلِ]

وإن وكل الراهنُ المرتهنَ على بيع الرَّهْنِ عند حلول الأجل جَازَ ،، وكرهه مالك ، إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان .

[بِمَ يَتَعَلَّقُ الرَّهْنُ ؟]

والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الْحَقِّ المرهون فيه وببعضه ، أعني : أنه إذا رهنه في عدد [(١)] ما فَأَدَّى منه بعضه ، فإن الرهنَ بِأَسْرِهِ يبقى بعد بيد المرتهن حتى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ ،، وقال قوم : بل يبقى من الرَّهْنِ بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق .

وَحُجَّةُ الْجُمْهُور : [أنه مَحبُوسٌ بِحَقٍّ ، فوجب أن يكون محبوساً] [(٢)] بكل جزء منه ، أَصلُه : حَبْسُ التركة على الْوَرَثَةِ حتى يؤدوا الدَّيْنَ الذي على الميت .

وَحُجَّةُ الفريق الثَّاني : أن جميعه مَحْبُوسٌ بجميعه ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ أَبْعَاضُهُ مَحْبُوسَةً بِأَبْعَاضِهِ ،، أصله الكفالة .

---

(١) فى الأصل : عِدَّة .

(٢) سقط فى الأصل .

[الاخْتِلافُ في نَمَاءِ الرَّهْنِ (١) المنفصل ، وهل يَدْخُلُ في الرَّهْنِ ؟]

(١) اتفق العلماء على أن النماء جميعه والغلات مملوكة للراهن وعلى أن الزيادة المتصلة ، كالسمن والتعلم داخلة فى الرهن تبعا .

واختلفوا فى النماء المنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر على أقوال وإليك بيانها .

يرى الحنابلة ، والنخعى ، والشعبى : أن نماء الرهن جميعه ، وغلاته تكون رهنا فى يد من الرهن وفى يده كالأصل ، وإذا احتيج إلى بيعه فى وفاء الدين بيع مع الأصل سواء فى ذلك المتصل ؛ كالسمن والتعلم والمنفصل ؛ كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر .

ومذهب الشافعية ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وابن حزم : أن ما يحدث فى يد المرتهن من عين الرهن من النماء المتحيز ، كالشجر والثمر واللبن والصوف والشعر وكذا الكسب والأجرة لا يدخل فى الرهن .

وتفصيل المالكية أن ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته داخل فى الرهن كالولد مع الدابة وفى معناه فسيل النخل وأن ما لم يكن على خلقته لا يدخل فيه سواء أكان متولداً عنه كثير النخل أن غير متولد ؛ ككراء الدابة .

وتفصيل أبى حنيفة ، والثورى : أن نماء الرهن ؛ كالولد ، والثمر ، واللبن ، والصوف ملك للراهن ورهن مع الأصل ، وأما الكسب والغلة : فليسا بداخلين فى الرهن .

وجنح ابن أبى ليلى إلى أن الغلة للمرتهن قضاء من حقه .

أثبت الحنابلة مذهبهم : بأن الرهن حكم يثبت فى العين بعقد المالك ، فيدخل أدلة الحنابلة فيه النماء ، والمنافع كالملك بالبيع وغيره .

وهو قياس مع الفارق إذ البيع ينقل الملك من البائع إلى المشترى فتكون المنافع والزيادة حادثة فى ملكه بخلاف الرهن فأنه لا يفيد المرتهن ألا التوثيق ، وبأن النماء حادث من عين الرهن ، فيدخل فيه كالمتصل .

ولاشك أن المتصل جزء من المرهون ، والمنفصل ليس كذلك فلا يتم وبأن الرهن حق مستقر فى الأم ثبت برضا المالك؛ فيسرى إلى الولد ؛ كالتدبير والاستيلاء وهو مردود بأن ثبوت الرهن فى الأم برضا المالك لا يستلزم السريان إلى الولد .

وقياسه فى الرهن عليه فى التدبير ، والاستيلاد واه ءإذ الشارع راغب فى العتق وفك الرقاب من أسر الذل ، والاستعباد بخلاف الرهن : فأن فيه مراعَاة لمصلحة المرتهن وحبساً للطليق وضرراً على الراهن على ما هبتم إليه وكثيرا ما يكون ثمن المرهون أزيد من الدين ، فما الفائدة التى يجنيها المرتهن من ذلك ؟

وبأنه نماء حادث من عبد الرهن ، فسرى إليه حكم الرهن كالولد .

وبأنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء .

هذان الدليلان الأخيران أولهما : على مالك ، وثانيهما : على أبى حنيفة وسترى عند الاستدلال لمذهبيهما منزلتهما .

احتج الشافعية ومن معهم : بما رواه سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « لا يغلق الرهن الرهن من راهنه ، الذى رهنه له غنمه ، وعليه غرمه » .

وجه الدلالة : أن النماء من الغنم ، فوجب أن يكون للراهن وتقدم الخبر يفيد اختصاصه به ، وإضافة المصدر إلى الضمير تدل على العموم ، فيصير المعنى للراهن كل غنمه دون غيره . =

... ...

= نوقش بأن النماء والكسب للراهن لكن يتعلق به حق الرهن ؛ كالأصل فأنه للراهن والحق متعلق به والفرق بين دين سائر مال الراهن أنه تابع فثبت له حكم أصله وهذا هو معنى الحديث .

والظاهر أن الزيادة محض حق للراهن ملكا ، واستيلاء ، وانتفاعاً ولا أدل على ذلك من الإضافة المفيدة للاستغراق .

وبما رواه أبو هريرة وابن عمر رضى الله عنهم « الرهن مركوب ومحلوب » .

قال الشافعي : يشبه قول أبى هريرة - والله أعلم - أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها ؛ لأن له رقبتها وهى محلوبة ، ومركوبة له كما كانت قبل الرهن ولا يمنع الراهن برهنه إياها من الدر والظهر الذى ليس هو الرهن بالرهن الذى هو غير الدر والظهر .

ويمكن أن يوجه بأنه لم يرو أنه مركوب ومحلوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به مركوب ومحلوب للراهن .

اعترض بأنه يحتمل أنه مركوب ومحلوب للراهن بإذن المرتهن ، وللمرتهن بإذن الراهن .

وهو احتمال مرجوح ؛ إذ كونه مملوكا للراهن يقوى ركوبه وحلبه يدل على هذا « وعلى الذى يركبه ويحلبه نفقته » ؛ لأن الإنفاق أثر من آثار الملك ، ولازم من لوازمه التى لا تفارقه .

وبأن الرهن وثيقة بالدين ، فلا يسرى إلى الولد كالكفالة .

وبأن النماء زائد على ما رضيه المرتهن رهنا ، فوجب أن يكون للراهن .

وبأن الرهن ما تعقد عليه الصفقة لا ما لم تعقد عليه ، وكل ما ذكرنا ناشئ لم تعقد عليه الصفقة فكله غير الأصل وكله حادث فى ملك صاحب الأصل . فكله له .

وبأن هذه زيادة تملك بملك الأصل ، فلا يثبت فيها حكم الرهن ؛ كالكسب والغلة .

وجه المالكية : بأن الولد حكمه حكم أمه فى الذكاة ، وليس كذلك الأصواف ، والألبان ، وثمر الأشجار ؛ لأنها ليست تبعا للأمهات فى الذكاة ، ولا هى فى صورها ، ولا فى معناها ، ولا تقوم معها ، فلها حكم نفسها لا حكم الأصل خلاف الولد والنتاج .

هو قياس مع الفارق ؛ إذ الزكاة تحل الأكل ؛ وذلك تخفيف من الشارع ، فقد يموت الجنين فى بطن أمه فلا تدركه حيا لتذكيه ، بخلاف الرهن فأن المقصود منه التوثق وبأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع ، أى: هو تابع لها وفرقت السنة بين الثمر والولد وذلك أن الثمر لا يتبع مع الأصل إلا بالشرط ، والولد يتبع بغير شرط وهو كسابقه إذ البيع ينقل الملك بخلاف الرهن .

يرهن الحنفية والثورى بما أثر عن معاذ رضى الله عنه فيمن ارتهن نخيلاً فأثمرت « أن الثمار رهن معها » .

وهو معارض بما نقل عن معاذ نفسه من طريق طاووس أن فى كتاب معاذ « من ارتهن أرضا ، فهو يحتسب ثمرها لصاحب الرهن » .

وبما أثر عن ابن عمر رضى الله عنهما « فى الجارية المرهونة إذا ولدت ، فولدها رهن معها » .

ورد عليه أنه قول صحابى لا حجة فيه ؛ إذ هذا الحكم مما للرأى فيه مجال ، وهو وارد على أثر معاذ أيضا واختلاف الرواية عنه يؤيد هذا فالظاهر أنهما قالا ذلك عن اجتهاد ، وبأن حق المرتهن متأكد فى العين فيسرى إلى الولد كذلك الراهن وبيان ثبوت الحق فى العين أن توصف العين به ، يقال: مرهون محبوس بحق المرتهن ، كما يقال : مملوك للراهن ولهذا يسرى إلى بدل العين ، ودليل التأكيد أن من =

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافُهُمْ فِي نَمَاء الرَّهْنِ المنفصل ؛ مثل : الثمرةِ في الشَّجَرِ الْمَرْهُونِ ، ومثل الْغَلَّةِ ، ومثل الولدِ هل يَدْخُلُ في الرهن ، أم لا ؟ فذهب قوم

= هو عليه لا يملك إبطاله ، (وفقه الكلام) ما قررنا أن موجب عقد الرهن يد الاستيفاء ، ويد الاستيفاء إنما تثبت فى العين ، وهى معتبرة بحقيقة الاستيفاء ، وإذا كانت حقيقة الاستيفاء تظهر فى موجبه من الزوائد التى تحدث بعده ، فكذلك يد الاستيفاء ، وهذا لأن المتولد من الأصل ثبت فيه ما كان فى الأصل والأصل كان مملوكا للرهن مشغولا بحق المرتهن ، فيثبت ذلك الملك فى الزيادة بخلاف الكسب الغلة ؛ إذ هما غير متولدين من الأصل ، وبخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه ؛ لأن الحق غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء ، وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها ؛ لأن المستأجر حقه فى المنفعة دون العين ، وفى الكفالة الحق يثبت فى الذمة ، والولد لا يتولد من الذمة وفى الغصب السبب إثبات اليد العادية بإزالة اليد المحقة ، وهو معدوم فى الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعاً لأنه فعل حسى والتبعية تجرى فى الأوصاف الشرعية وفى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهى منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال ، فلا يكون تبعاً لها ، وبعده لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن انعقد غير موجب .

اعترض هذا الدليل ، بأنه مرتكز على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، وقد رددناه على أنا لو سلمنا ثبوته ؛ لكان الفارق موجوداً بين الاستيفاء الحقيقى وبين مالك اليد فلا يلزم من إلحاق الولد بأصله فى الحقيقى إلحاقه به فى يد الاستيفاء ؛ إذ الأول فيه ملك العين واليد معا ، أما الثانى : فالثابت به ملك السيد لا غير ، وأيضا فلا ينهض هذا المعقول فى مقابلة الحديثين السالفين فى استدلال الشافعية ومن معهم ، والإجابة بأن الزيادة مملوكة للراهن ؛ وذلك لا ينفى حقا للمرتهن ، فأنه كما أضاف الزيادة إليه أضاف الأصل إليه بقوله ﷺ « الرهن من راهنه » مردودة بأن معناه الرهن من ضمان راهنه يقال : هذا الشئ من فلان أى من ضمان وحمل حديث « الرهن مركوب ومحلوب » على أنه مركوب ومحلوب للراهن بإذن المرتهن بعيد ، والظاهر أن ركوبه وحلبه لراهنه الذى يملك رقبته ويتولى الإنفاق عليه .

وجه ابن أبى ليلى ، بأن عقد الإجارة لا يلاقى المحل الذى لا قاه عقد الرهن ؛ فأنه بعقد الإجارة يثبت للمستأجر ملك المنفعة ، والثابت للمرتهن ملك السيد إلا أن رضا المرتهن فى الإجارة شرط يتمكن به المالك من التسليم ، فإجارة المرتهن وإجارة الراهن برضا المرتهن سواء على معنى أن الأجر للراهن ، وأن عقد الرهن على حاله ؛ لأن موجب العقدين ما اجتمعا فى محل واحد ، ثم المرتهن يأخذ الأجر قضاءً من حقه ؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال المديون .

وللبحث فيه مجال : وهو أن الله تعالى شرع الرهن للتوثق ، واستيفاء الدين من المرهون عند التعذر من الراهن فى الموعد المضروب وفى هذا سعة على الراهن ، ومصلحة للمرتهن وبما أن الراهن لا يلزمه شئ قبل الوقت المعلوم ، فلا أدرى بأى دليل نسلط المرتهن على استيفاء بعض حقه مقدما قبل موعده ، وقد يكون هذا ضرراً على الراهن وموقعاً له فى الحرج ، والعسر ؛ لانحصار مورده ولو مؤقتاً فى الأجر الذى يتحصل من المرهون على أن له غنمه ، ظاهر فى أنه للراهن ملكا واستيلاء وانتفاعا .

مما سلف يتبين أن الرأى الذى لا تشوبه شائبة وهن هو : رأى من قال : أن النماء مطلقا لا يدخل فى الرهن . « والله أعلم بالصواب » .

إلى أن نَمَاءَ الرَّهْنِ المنفصل لا يدخل شَيْءٌ منه في الرَّهْنِ ، أعني : الذي يحدث منه في يَدِ الْمُرْتَهِنِ ؛ وممن قال بهذا القول الشافعي ،، وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يَدْخُلُ في الرَّهْنِ ؛ وممن قال بهذا القول أبو حنيفة ، والثوري ،، وفرق مالك فقال : ما كان من نَمَاءِ الرَّهْنِ المنفصِلِ على خِلْقَته وَصُورَته ، فإنه دَاخِلٌ في الرهن ؛ كولد الجارية مع الجارية ،، وأما ما لم يكن على خِلْقَته ، فإنه لا يَدْخُلُ في الرهن ، كان متولداً عنه ؛ كثمر النخل ، أو غير متولد ؛ ككِرَاءِ الدَّارِ ، وخراجِ الْغُلَامِ .

[عُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّ نَمَاءَ الرهنِ وَغَلَّتَهُ للرَّاهِنِ]

وعمدة من رأى أن نماء الرهن ، وغلته للراهن : قوله - عليه الصلاة والسلام - : **«الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ ، وَمَرْكُوبٌ »** (١٠٦٢) ،، قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله:

(١٠٦٢) أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (١/ ٢٧٢) ، والدارقطنى (٣/ ٣٤) كتاب البيوع ، حديث (١٣٦) ، والبيهقى (٦/ ٣٨) كتاب الرهن : باب فى زيادات الرهن ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٦/ ١٨٥) من طريق إبراهيم بن مجشر عن أبى معاوية عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعاً .

قال ابن عدى : تفرد إبراهيم برفعه ، وله أحاديث منكرة من قبل الإسناد .

وقال الخطيب : تفرد برواية هذا الحديث عن أبى معاوية مرفوعاً إبراهيم بن مجشر ، ورفعه أيضاً أبو عوانة عن الأعمش .

ورواه غيره عن أبى معاوية موقوفاً لم يذكر فيه النبى ﷺ ، وكذلك رواه سفيان الثورى ، وهشيم ، ومحمد ابن فضيل ، وجرير بن عبد الحميد عن الأعمش موقوفاً ، وهو المحفوظ من حديثه .

أما طريق أبى عوانة عن الأعمش والذى ذكره الخطيب رحمه الله :

فقد أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٤) كتاب البيوع ، الحديث (١٣٦) ، والحاكم (٢/ ٥٨) كتاب البيوع : باب الرهن محلوب ومركوب ، والبيهقى (٦/ ٣٨) كتاب الرهن : باب فى زيادات الرهن ، كلهم من طريق أبى عوانة عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة عن النبى ﷺ به .

وقال الحاكم : هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ؛ لإجماع الثورى وشعبة على توقيفه عن الأعمش ، وأنا على ما أصلته فى قبول الزيادة من الثقة .

وقد رفع الحديث أيضا منصور بن المعتمر .

أخرجه أبو نعيم فى « الحلية » (٥/ ٤٥) من طريق عامر بن مدرك ثنا خلاد الصفار عن منصور عن أبى صالح عن أبى هريرة به .

وقال أبو نعيم : غريب من حديث منصور ، وأبى صالح لم نكتبه إلا من هذا الوجه .

وهذا الحديث رفعه الشعبى عن أبى هريرة لكن بسياق يختلف عن السياق الأول .

فأخرجه البخارى (٥/ ١٤٣) كتاب الرهن : باب الرهن مركوب ومحلوب ، حديث (٢٥١٢) ، وأبو داود (٣/ ٧٩٥) كتاب البيوع والإجارات : باب فى الرهن ، حديث (٣٥٢٦) ، والترمذى (٣/ ٥٥٥) كتاب البيوع : باب ما جاء فى الانتفاع بالرهن ، حديث (١٢٥٤) ، وابن ماجه (٢/ ٨١٦) كتاب الرهون : باب الرهن مركوب ومحلوب ، حديث (٢٤٤٠) ، وأحمد (٢/ ٤٧٢) ، وابن الجارود رقم =

« **مَرْكُوبٌ، وَمَحْلُوبٌ** » ، أي [(١)] يركبه الراهن ، ويحلبه ؛ لأنه كان يكون غيرَ مَقْبُوض وذلك مناقض لكونه رهناً ؛ فَإِنَّ الرَّهْنَ من شرطه الْقَبْضُ ، ، قالوا : ولا يَصِحُّ أيضاً أَنْ يَكُونَ معناه أن المرتهن يَحْلُبُهُ وَيَرْكَبُهُ لأجل الدين ؛ لأنه يكون رِباً ، فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك : أن أُجْرَةَ ظَهْرِهِ لربه ، ونفقته عليه ، ، واستدلوا أيضاً بعموم قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ** » (١٠٦٣) ، ، قالوا : ولأنه نماءٌ زَائِدٌ على ما رضيه رهناً ، فوجب ألا يكون له

= (٦٦٥) ، وأبو يعلى (١١/ ٥١٤ - ٥١٥) رقم (٦٦٣٩) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٩٨، ٩٩) ، والدارقطنى (٣/ ٣٤) كتاب البيوع ، حديث (١٣٤) ، والبيهقى (٦/ ٣٨) كتاب الرهن : باب فى زيادات الرهن ، كلهم من طريق زكريا بن أبى زائدة عن الشعبى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يشرب ويركب النفقة».

(١) فى الأصل : إن لم .

(١٠٦٣) ورد هذا الحديث موصولا ومرسلاً .

أما الموصول : فهو من طريق الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة مرفوعاً .

وقد رواه عن الزهرى جماعة وهم : زياد بن سعد ، وإسحق بن راشد ، ومالك ، ويحيى بن أبى أنيسة ، وابن أبى ذئب ، وسليمان بن داود ، ومحمد بن الوليد ، ومعمر .

أما رواية زياد بن سعد :

فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ - موارد) ، والحاكم (٢/ ٥١) ، والدارقطنى (٣/ ٣٢) كتاب البيوع : حديث (١٢٦) ، والبيهقى (٦/ ٣٩) كتاب الرهون : باب الرهن غير مضمون ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٧/ ٣١٥) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه » .

قال الدارقطنى : وهذا إسناد حسن متصل .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهرى وقد تابعه - يعنى زياد - مالك ، وابن أبى ذئب ، وسليمان بن أبى داود الحرانى ، ومحمد بن الوليد الزبيدى ، ومعمر ابن راشد على هذه الرواية ، ووافقه الذهبى .

وصحح هذا الطريق أيضا ابن حبان .

وقال أبو نعيم : غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهرى تفرد به عبد الله العابدى عن أبيه.

قلت : وفى كلام أبى نعيم نظر من وجهين :

الأول : قوله عبد الله العابدى عن أبيه ، فالسند ليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدى عن سفيان مباشرة .

الثانى : دعوى تفرد عبد الله العابدى به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عند ابن حبان فى صحيحه .

رواية إسحاق بن راشد : =

... ...

= أخرجها ابن ماجه (٢/٨١٦) كتاب الرهون : باب لا يغلق الرهن ، حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحق بن راشد عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يغلق الرهن » .

قال الحافظ البوصيرى فى « الزوائد » (٢/٢٥٧) : هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازى وإن وثقه ابن معين فى رواية ، فقد ضعفه فى أخرى ، وضعفه أحمد ، والنسائى ، والجوزجانى ، وقال ابن حبان : يروى عن الثقات المقلوبات وقال ابن وارة . . . كذاب . أ.هـ .

رواية مالك :

أخرجها ابن جميع فى « معجم شيوخه » (ص٢١٠ - ٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد بن كثير، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٣/٣٠٣ - ٣٠٤) ، (٦/١٦٥) من طريق إبراهيم بن أبى سكينة، ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهرى عن سعيد المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه » .

رواية يحيى بن أبى أنيسة :

أخرجها الشافعى فى « الأم » (٣/١٦٧) باب ضمان الرهن ، وفى « المسند » (٢/١٦٤) كتاب الرهن، حديث (٥٦٨) من طريق الثقة عن يحيى بن أبى أنيسة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ».

رواية ابن أبى ذئب :

أخرجها الدارقطنى (٣/٣٣) كتاب البيوع ، حديث (١٢٧) ، والحاكم (٢/٥١) ، والبيهقى (٦/٣٩) كتاب الرهن : باب الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » .

وأخرجه الدارقطنى (٣/٣٣) كتاب البيوع ، حديث (١٣٣) ، والحاكم (٢/٥١) ، وابن حزم فى «المحلى» (٨/٩٩) ، وابن عدى فى « الكامل » (٤/١٥٤٦) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكى ثنا شبابة عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة به .

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٣٢٠) ، وصححه عبد الحق فى أحكامه من هذا الطريق ، قال ابن القطان : وأراه إنما تبع فى ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه ، وعبد الله بن نصر هذا لا أعرف حاله ، وقد روى عنه جماعة ، وذكره ابن عدى فى « كتابه » ، ولم يبين من حاله شيئاً إلا أنه ذكر له أحاديث منكرة منها هذا انتهى كلامه وقال فى « التنقيح » - ابن عبد الهادى - : عبد الله بن نصر البزار الأنطاكى ليس بذاك المعتمد ، وقد روى عن أبى بكر بن أبى عياش ، وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل وروى عنه أبو حاتم الرازى . أ.هـ .

وقد روى ابن أبى ذئب هذا الحديث مرسلاً أيضاً .

أخرجه الشافعى فى « المسند » (٢/١٦٣) كتاب الرهن ، حديث (٥٦٧) ، وابن أبى شيبة (٧/١٨٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٨/٢٣٧) رقم (١٥٠٣٤) ، والطحاوي فى « شرح معانى الآثار» (٤/ ١٠٠)، والبيهقى (٦/٣٩) كتاب الرهن : باب فى زيادات الرهن ، من طرق عن ابن أبى ذئب عن الزهرى =

إلا بِشَرْطٍ زَائِدٍ .

وَعُمْدَةُ أَبي حَنِيفَةَ : أن الفروعَ تابعة للأصول ، فوجب لها حُكْمُ الأصل ؛ ولذلك حُكْمُ الولدِ تَابِعٌ لحَكم أمه في [التدبير والكتابة] (١) .

= عن سعيد بن المسيب مرسلاً .

رواية سليمان بن داود :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣) كتاب البيوع رقم (١٢٨) ، والحاكم (٢/ ٥١) ، وابن عدى فى «الكامل» (١/ ١٧٦) من طريق أبى ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة ثنا سليمان بن داود الحرانى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه » .

وأحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف .

قال ابن عدى : حدث عن الثقات بالمناكير ، ويحدث عمن لا يعرف ، ويسرق حديث الناس .

وذكره الدارقطنى فى « الضعفاء والمتروكين » (٥١) .

رواية محمد بن الوليد :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣) كتاب البيوع ، حديث (١٢٩) والحاكم (٢/ ٥١) من طريق إسماعيل بن عياش ثنا محمد بن الوليد الزبيدى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه » .

رواية معمر :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣) كتاب البيوع ، حديث (١٣١) ، والحاكم (٢/ ٥٢) من طريق معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه » .

قال الدارقطنى : أرسله عبد الرزاق ، وغيره عن معمر .

أما الحديث المرسل :

فأخرجه مالك (٢/ ٧٢٨) كتاب الأقضية : باب ما لا يجوز من غلق الرهن حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٠٠) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (١٢/ ٢٤٢) عن الزهرى عن سعيد بن المسيب به مرسلاً .

وقد تابع مالك جماعة منهم .

يونس وشعيب أخرجه الطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٠٠ - ١٠١) .

ومعمر : أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٣) ، والدارقطنى (٣/ ٣٣) ، والبيهقى (٦/ ٤٠) كتاب الرهن : باب الرهن غير مضمون وتابعه أيضاً ابن أبى ذئب ، وقد تقدمت تخريج روايته الموصولة والمرسلة .

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٣٢١) قال صاحب التنقيح : وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطنى وابن عبد البر وعبد الحق .... أ.هـ .

قلت : وقد صحح وصله أيضا الحاكم ، وابن حبان ، وابن حزم .

(١) فى الأصل : الكفالة .

وأما مالك : فاحتج بأن الْوَلَدَ حُكْمُهُ حُكْمُ أمه في البيع ، أي : هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسُّنة المفرقة في ذلك ؛ وذلك أن الثمر لا يتبع بَيْعَ الأصل إلا بالشرط ، وولد الجارية يتبع بغير شرط .

[مَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الرَّهْنِ ، وَمَا عَلَيْهِ بِإِزَائِهِ]

والجمهور على أن ليس للمرتهن أن يَنْتَفِعَ بشيء من الرَّهْنِ [(١)] ، وقال قوم : إذا كان الرهنُ حَيَواناً ، فللمرتهن أَنْ يَحْلِبَهُ ، ويركبه بقدر ما يَعْلِفُهُ ، وينفقُ عليه ؛ وهو قول أحمد

---

(١) اتفق الفقهاء على أن كل تصرف من جانب الراهن يضر المرتهن ممنوعه ، واختلفوا فى المنافع التى لا يضر استيفاؤها بالمرتهن ، هل له أن يستوفيها من غير إذنه أو لا ؟

فمذهب الشافعية ، والحنابلة فى رواية : مرجوحة ، وابن أبى ليلى ، وابن المنذر : أن الراهن يملك التصرف فى منافع المرهون على وجه لا ضرر فيه ، كسكنى الدار وزراعة الأرض وركوب الدابة ، ويستوفى ذلك بالإجارة والإعارة مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين .

واختلف الشافعية فيما بينهم هل له أن يستوفيها بنفسه ، أو لا ؟

فذهب بعض أصحابه إلى أنه لا يجوز ، وذهب بعض آخر إلى الجواز ، وهو الصحيح ويرى فريق ثالث التفصيل : إن كان الراهن ثقة جاز ، وإلا فلا .

ومنشأ الخلاف أنه ورد عن الإمام الشافعى قولان :

أحدهما : قال : له ذلك .

والثانى : قال : لا يجوز .

ورأى الحنفية ، والحنابلة فى رواية : راجحة ، والشعبى ، والثورى : أنه ليس للراهن الانتفاع بالمرهون بالسكنى ، أو الركوب ، أو الزراعة ، أو غير ذلك ، ولا يملك التصرف فيه بإجارة أو إعارة أو غيرهما .

واختار المالكية : أن المنافع للراهن إلا أن طريق استيفائها لا يكون إلا بمباشرة المرتهن إجارته ، أو إعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين نائبا عن الراهن بإذنه .

وجنح « ابن حزم » إلى أن منافع المرهون كلها للراهن ، إلا إذا كان مركوبا ، أو محلوباً وامتنع الراهن من الإنفاق عليه ، وتولى المرتهن ذلك ، فيكون له حينئذ ركوب الدابة ولبن الحيوان لا يحاسب به من دينه كثر ذلك أم قل .

ورجح « أبو ثور » ، و« الأوزاعى » ، و« الليث » ما قاله « ابن حزم » إلا أنهم زادوا الاستخدام وشرطوا أن يكون كل ما ذكر بقدر النفقة .

هذه خمسة أقوال فى موضعنا إذا أمعنا النظر فيها وجدناها تؤول إلى قولين ؛ لأن أربعة منها متفقة على أن المنافع كلها للراهن ، والشق الأخير من القولين الأخيرين : محله الفصل الآتى فى انتفاع المرتهن ، والخلاف بين المالكية وبين أصحاب الرأى الأول فى طريق الاستيفاء فقط .

وسأعرج على بيان وجهة الفريقين فى آخر هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

فتبين أن الخلاف الجدير بالعناية هو : هل للراهن الانتفاع بالمرهون من غير إذن المرتهن أولا ؟

إلى الأول : ذهب الجمهور .

وإلى الثانى : ذهب الحنفية ومن معهم .

وإسحاق ، واحتجوا بما رواه [١] أبو هريرة عن النبي – عليه الصلاة والسلام – أنه قال : «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ ومَرْكُوبٌ» [٢] .

[إِذَا هَلَكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ ، ومن قال : إِنَّ مُصِيبَتَهُ مِنَ الرَّاهِنِ]

ومن هذا الباب اخْتِلافُهُمْ في الرَّهْنِ يَهْلِكُ عند المرتهن ممن ضَمانه ؟ فقال قوم : الرهن أَمَانَةٌ ، وهو من الراهن ، والقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ؛ أنه ما فَرَّطَ فيه ، وما جنى عليه؛ وممن قال بهذا القول الشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ، وجمهور أهل الحديث .

[مَنْ قَالَ : إِنَّ مُصِيبَتَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ]

وقال قوم : الرهن من المرتهن ، ومصيبته منه ؛ وممن قال بهذا القول أبو حنيفة ، وجمهور الكوفيين .

[اخْتِلاف من قَالُوا بِضَمَانِ الرَّهْنِ ، وَبِمَا يُضْمَنُ]

والذين قالوا بالضَمان انقسموا قسمَين ، فمنهم من رأى أن الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بالأقل من قيمته ، أو قيمة الدَّيْنِ ؛ وبه قال أبو حنيفة ، وسفيان ، وجماعة .

ومنهم من قال : هو مضمونٌ بقيمته قَلَّتْ ، أو كثرت ، وأنه إن فَضَلَ للرَّاهِنِ شَيْءٌ فوق دينه أَخَذَهُ من المرتهن ؛ وبه قال عليّ بن أبي طالب وعطاء ، وإسحاق .

وَفَرَّقَ قَوْمٌ بين ما لا يُغَابُ عَلَيْهِ من الرهن مثْل : الحيوان ، والعقار مما لا يَخْفَى هَلاكُهُ، وبين ما يُغَابُ عليه من العُرُوضِ ، فقالوا : هو ضَامِنٌ فيما يغاب عليه ، ومؤتمن فيما لا يُغَابُ عليه ؛ وممن قال بهذا القول مالك ، والأوزاعي ، وعثمان البتي .

إلا أن مالكاً يقول : إذا شَهِدَ الشُّهُودُ بِهَلاكِ ما يغاب عليه من غير تَضْيِيعٍ ، ولا تَفْرِيط ؛ فإنه لا يضمن ،، وقال الأوزاعي ، وعثمان البتي : بل يَضْمَنُ على كل حال قَامَتْ بَيِّنَةٌ ، أو لَمْ تَقُمْ ،، وبقول مالك قال ابن القاسم ،، وبقول عثمان ، والأوزاعي قال أشهب .

[عُمْدَةُ مَنْ جَعَلَ الرَّهْنَ أَمَانَةً غَيْرَ مَضْمُون]

وعمدة من جعله أمانة غير مضمون : حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « **لا يغلقُ الرَّهْنُ ، وَهُوَ ممَّنْ رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ** » [٣] ، أي : له غَلَّتُهُ وَخَرَاجُهُ ، وعليه افتكَاكُهُ ، ومصيبته منه ،، قالوا : وقد رضي الراهنُ أَمَانَتَهُ ، فأشبه المودع عنده ،، وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له : قد قال مالك ، ومن تابعه: إن الحيوان وما ظهر هَلاكُهُ أَمَانَةٌ ، فوجب أن يكون كله كذلك ، وقد قال أبو حنيفة : إن

---

(١) في الأصل : روى . (٢) تقدم . (٣) تقدم .

ما زاد من قِيمَةِ الرَّهْنِ على قيمة الدَّيْنِ فهو أمانة ، فوجب أن يكون كله أمانة ،، ومعنى قوله - عليه الصلاة والسلام - عند مالك ، ومن قال بقوله : « **وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ** » أي : نفقته، قالوا : وذلك معنى - قوله عليه الصلاة والسلام - : « **الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ ، وَمَحْلُوبٌ** » (١)، أي : أجرةُ ظهره لِرَبِّهِ ، ونفقته عليه ،، وأما أبو حنيفة ، وأصحابه ، فتأولوا قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ** » أن غنمه ما فضل منه على الدَّيْنِ ، وغرمه ما نقص .

[عُمْدَةُ مَنْ جَعَلَ الرَّهْنَ مَضْمُوناً مِنَ الْمُرْتَهِنِ]

وعمدة من رأى أَنَّهُ مَضْمُونٌ من الْمُرْتَهِنِ : أنه عَيْنٌ تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء ، فوجب أن يسقط بِتَلَفِهِ ، وأصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يَسْتَوْفِيَ الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور، وإن كان عند مالك كالرهن ،، وربما احتجوا بما روي عن النبي ﷺ : « **أَنَّ رَجُلاً رَهَنَ فَرَساً مِنْ رَجُلٍ ، فَنَفَقَ فِي يَدِهِ ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - لِلْمُرْتَهِنِ : ذَهَبَ حَقُّكَ** » (١٠٦٤) .

[تَفْرِيقُ مَالك بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ممَّا لا يُغَابُ]

وأما تفريق مالك بين ما يغابُ عليه ، وبين ما لا يغاب عليه ، فهو استحسانٌ ، ومعنى ذلك : أن التهمة تَلْحَقُ فيما يُغَابُ عَلَيْهِ ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه .

وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيراً : فَضَعَّفَهُ قوم ، وقالوا: إنه مثل استحسان أبي حنيفة ، وَحَدُّوا الاستحسانَ بأنه « قول بغير دليل » . ومعنى الاستحسان عند مالك هو « جَمْعٌ بين الأدلة المتعارضة » ، وإذا كان ذلك كذلك ، فليس هو قَوْلاً بغير دليل .

[إِذَا بَاعَ الرَّاهِن ، أَوَ وَهَبَ الرَّهْنَ]

والجمهور على : أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ، ولا هِبَتُهُ ، وأنه إن باعه فللمرتهن

---

(١) تقدم .

(١٠٦٤) أخرجه ابن أبى شيبة (٧/ ١٨٣) رقم (٢٨٢٧) ، وأبو داود فى المراسيل (ص - ١٧٢) رقم (١٨٨) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٠٢) كتاب الرهن : باب الرهن يهلك فى يد المرتهن ، والبيهقى (٦/ ٤١) كتاب الرهن : باب الرهن مضمون ، من طريق عبد الله بن المبارك عن مصعب بن ثابت قال : سمعت عطاء بن أبى رباح يحدثث أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل فنفق فى يده فقال ﷺ للمرتهن « ذهب حقك » .

قال ابن حزم فى « المحلى » (٨/ ٩٩) : هذا مرسل ومصعب بن ثابت غير قوى .

وقال البيهقى : هو مرسل وفيه من الوهن ما فيه .

الإجازةُ [أو الفسخ] [١] .

قال مالك : وإن زعم أنَّ إجَازَتَهُ ليتعجل [٢] حَقَّهُ حلف على ذلك ، وكان له ،، **وقال قوم** : يجوز بَيْعُهُ .

[إذَا كَان الرَّهْنُ رَقِيقاً فَأَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ]

وإذا كان الرهن غلاماً ، أو أمة فأعتقها الراهن : فعند مالك أنه إن كان الراهن موسراً جاز عتقه ، وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسراً بيعت ، وقضى الحق من ثمنها ، وهو عند الشافعي ثلاثة أقوال : الرَّدُّ ، وَالإِجَازَةُ ، والثالث مثل قول مالك .

[اخْتلافُ الرَّاهنِ والمرتهن في قَدْرِ الحق الذي وَجَبَ به الرَّهْنُ]

وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قَدْرِ الحق الذي وَجَبَ به الرَّهْنُ ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : القولُ قولُ المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمةُ الرهن أَقَلَّ من ذلك ، فما زَادَ على قِيمَةِ الرَّهْنِ فالقولُ قولُ الراهنِ ،، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وجمهور فقهاء الأمصار : القول في قَدْرِ الحق قول الراهن .

وعمدة الجمهور : أن الراهنَ مُدَّعى عليه ، والمرتهن مُدَّعٍ ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظَاهِرِ السنة المشهورة ،، وعمدةُ مالك ههنا أن الْمُرْتَهِنَ وإن كان مُدَّعِياً على الراهن فله ههنا شبهةٌ بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهداً له ، ومن أصوله أَنْ يَحْلِفَ أقوى المتداعيينِ شبهة ،، وهذا لا يلزم عند الجمهور ؛ لأنه قد يَرْهَنُ الراهن الشيء ، وقيمته أكثر من المرهون فيه .

[إذَا تَلفَ الرَّهْنُ ، واختلفا في صِفَتِه]

وأما إذا تلف الرهن ، واختلفوا في صفته ، فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن ؛ لأنه مُدَّعىً عليه ، وهو مُقِرٌّ ببعض مَا ادُّعِيَ عليه ، وهذا على أصوله ؛ فإن المرتهنَ أيضاً هو الضامنُ فيما يغاب عليه ،، وأما على أصول الشافعي ، فلا يتصور على المرتهن يمينٌ إلا أن يناكره الراهن [٣] في إتلافه [٤] ،، وأما عند أبي حنيفة فالقول قولُ المرتهن في قِيمَةِ الرَّهْنِ ، وليس يحتاج إلى صفة ؛ لأن عند مالك يَحْلِفُ على الصفة ، وتقويم تلك الصفة ، وإذا اختلفوا في الأمرين جميعاً ، أعني : في صفة الرهن ، وفي مقدار الرهن كان القولُ قولَ المرتهن في صِفَةِ الرَّهْنِ ، وفي الحق ما كانت قيمتُهُ الصفةَ التي حَلَفَ عليها شاهدة له ، وفيه ضعف .

---

(١) فى الأصل : بالفسخ .

(٢) فى الأصل : لتعجيل .

(٣) فى الأصل : المراهن .

(٤) فى الأصل : تلفه .

وَهَلْ يَشْهَدُ الْحَقُّ لقيمة [١] **الرَّهْنِ إذا اتفقا في الحق ، واختلفا في قيمة الرهن؟** في المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ؛ لأنه إذا شَهِدَ الرَّهْنُ للدَّيْنِ شَهِدَ الدَّيْنُ لِلْمَرْهُونِ ، ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

تم والحمد لله .

* * *

(١) فى الأصل : بقيمة .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وَسَلِّم تسليماً

كِتَابُ الْحَجَرِ (١)

---

(١) حجره يحجره : حجراً مثلثة ، وحجرانا بالضم والكسر : منعه . وحجر عليه القاضى فى ماله : منعه من أن يتصرف فيه ، ويفسده ، فهو حاجر ، وذاك محجور عليه .

واحتجر الأرض عن غيره : ضرب عليها مناراً وعلماً فى حدودها ليحرزها ، ويمنعها به عن الغير.

والحجر مصدر بمعنى المنع مطلقا ، والحجر بالكسر حضن الإنسان ، وهو ما دون إبطه إلى الكشح، ويقال : نشأ فلان فى حجر فلان ، أى : فى كنفه ومنعته ، وحفظه وستره .

والحجر أيضاً : الحرام ، يقال : هذا حجر عليك ، أى: حرام عليك ، وفى سورة الفرقان : ﴿يوم يرون الملائكة لا بشرى يومئذ للمجرمين ويقولون حجرا محجوراً﴾ أى : حراماً محرما ، والمعنى : أن الذين كانوا لا يرجون لقاء الله فى الدنيا يقولون للملائكة الذين وكلوا بتعذيبهم يوم القيامة : حرام عليكم تعذيبنا ، ظانين أن ذلك ينفعهم ، كما كانوا يقولون ذلك فى الأشهر الحرم التى حرم فيها سفك الدماء .

والحجر أيضاً : العقل ، ومنه قوله تعالى فى الفجر : ﴿ هل فى ذلك قسم لذى حجر ﴾ أى : لذى عقل ، وسمى العقل كذلك ؛ لأنه يمنع صاحبه عن القبائح .

انظر : الصحاح ٢/٦٢٣ ، المصباح المنير : ١/ ١٩٠ ، لسان العرب ٢/ ٧٨٢ .

واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : منع نفاذ تصرف قولى .

وعرفه الشافعية بأنه : المنع من التصرفات المالية .

وعرفه المالكية بأنه : صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته ، كما توجب منعه من نفوذ تصرفه فى تبرعه بزائد على ثلث ماله .

انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٨٩ ، مجمع الأنهر ٢/٤٣٧ ، المهذب للشيرازى ١/٣٢٨ ، نهاية المحتاج ٤/٣٥٣ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٢٩٢ ، أسهل المدارك ٣/ ٣ ، كشاف القناع ٣/٤١٦ - ٤١٧ ، الإقناع ٢/ ٢٦ .

والشريعة الإسلامية إما أمر ، وإما نهىٌ ، وكلاهما يحقق مصلحة العبد ، فهى إن أمرت فذلك الأمر إنما هو لمصلحة تجلبها ، وإن هى نهت ، فذلك النهى إنما هو لمفسدة تدفعها ، لا يشذ عن هذا شئ من أحكامها ، وقد بنيت الشريعة فيما بنيت عليه ، على قاعدة التعاون بين الناس على البر والتقوى ، وطالبت القوى فى إلحاح أن يعين الضعيف ، ويغيث الملهوف ، وحتمت الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ؛ تحقيقاً لمصلحة النوع الإنسانى ، وتوفيراً لأسباب الشفقة والرحمة . ومن هذا كان على العاقل أن يتولى غيره بالنصح والإرشاد ، وأن يقوم على مصالحه ، يحفظها ويعمل عليها . وقد جعلت من مقاصدها الضرورية حفظ المال ، وسلكت فى سبيل المحافظة عليه طرقا شتى من التشريع =

[النظرُ فِي هَذَا الْكِتَاب]

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في أصنافِ (١) الْمَحْجُورِينَ .

الثاني : متى يَخْرُجُونَ من الحجر ؟ ومتى يُحْجَرُ عليهم ؟ وبأي شروطٍ يخرجون ؟ .

الثالث : في معرفَةِ [أَحْكَامِ] أفعالهم في الرَّدِّ ، وَالإِجَازَةِ .

= منها الضمان ، ومنها حد السارق ، ومنها هذا النوع من الأحكام الذى هو بصدد البحث .

ونعت شديد النعى على ذلك الذى يبعثر ماله ذات اليمين ، وذات الشمال فيما لذَّ وطاب ، وفيما حل وفيما حرم ، وباعدت بينه وبين الإنسان ، وجعلته أخا الشيطان ، ففى آية من القرآن الكريم : ﴿ولا تبذر تبذيراً ، إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين ، وكان الشيطان لربه كفورا ﴾ ، وشرعت المحافظة على مال اليتيم ، وحرمت الانتفاع به فى غير مصلحته ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا ﴾ وأوصت به خيراً ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا ﴾ .

واعتبرت فى المجنون عجزاً أولى بالنظر له من السفيه والصغير ، ولاحظت فى الرقيق عجزاً حكمياً، فجعلت للسيد حق الحجر عليه ، ومدت سلطان الزوج على زوجته ، فجعلت له فوقها درجة، ضرورة أنها وفرت مالها من أجل الإنفاق عليها من ماله ، وجعلت للورثة فى مال المورث حقا ، ضرورة أن المال من كسب الكل ، وأن لهم فيه يداً مثمرة ، وحفظت للدائن حقه فى مال المدين ، فشرعت له حق هؤلاء الأولين الذين لا يحسنون لأنفسهم صنعاً ،و كان من حقهم على الذين يحسنون أن يتولوا عنهم وجوه التصريف ، وشتى المعاملات حفظاً لأموالهم ، وتحقيقا لمصالحهم . وكان من حق الشريعة الإسلامية أن تواجه هذا الوضع ، فتشرع له الأحكام ، وتضع له الأسباب ، وإلا فماذا يكون لو ترك الصبى وشأنه ، وخلى بين المجنون وماله ، ولم تمسك بيد قوية أمينة على مال السفيه ، ولم تحفظ للدائن حقه فى مال المدين ؟ ألا يكون ذلك تسليطاً للكبير أن يستغل صغر الصغير ، وتخلية للعاقل أن يستغل جنون المجنون ، وتحريضاً للرشيد أن يستغل سفه السفيه ، فتضيع أموال هؤلاء . وإذا كان الحجر على هذا الوجه كان كله إصلاحا للمحجور عليه ، ومصلحة له ، وقد جاء بذلك الكتاب والسنة والآثار ، وقام عليه إجماع المسلمين .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ الآية ، وقوله تعالى : ﴿ فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا ﴾ الآية .

وأما السنة : فما روى من أنه ﷺ حجر على معاذ ماله ، وباعه عليه ، وقسم ثمنه بين الغرماء .

وأما الآثار : فما ورد من أن عمر – رضى الله عنه – خطب ذات يوم فقال : « أيها الناس إياكم والدَّين ، فإن أوله هم وآخره حزن ، وإن أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته أن يقال : سبق الحاج فأدان معرضا ، فأصبح وقد دين به ، ألا إنى بائع عليه ماله ، وقاسم ثمنه بين غرمائه » .

وأما الإجماع : فإن ذلك كان بمحضر من الصحابة ، ولم يثبت أنهم أنكروا عليه ؛ إذ لو أنكر عليه لنقل .

(١) فى الأصل : أسباب .

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِي أَصْنَافِ الْمَحْجُورِينَ

[مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْحَجْرُ ؟]

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأَيْتَامِ الذين لم يبلغوا الْحُلُمَ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ [النساء : ٦] .

[القولُ في الحجر على الْعُقَلاءِ الْكِبَارِ ، ومن قال بالحجر عليهم]

واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبارِ إذا ظَهَرَ مِنْهُمْ تبذيرٌ (١) لأموالهم : فذهب مالك، والشافعي ، وأهل « المدينة » ، وكثير من أهل « العراق » إلى جواز ابتداء الْحَجْرِ عليهم بحكم الحاكم ؛ وذلك إذا ثبت عنده سَفَهُهُمْ ، وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ؛ وهو رأي ابن عباس ، وابن الزبير .

[قَوْلُ أبي حنيفة في عَدَمِ الْحَجْرِ عليهم]

وذهب أبو حنيفة ، وجماعة من أهل « العراق » إلى : أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار ؛ وهو قولُ إبراهيم ، وابن [سيرين] (٢) ،، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الْحَجْرُ لا يجوزُ عليهم بعد البلوغ بِحَالٍ ، وَإِن ظَهَرَ مِنْهُمُ التَّبْذِيرُ ،، ومنهم من قال : إن استصحبوا التَّبْذِيرَ من الصغر [يستمرً] (٣) الْحَجْرُ عليهم ، وإن ظهر منهم رُشْدٌ بعد البلوغ ، ثم ظهر منهم سَفَهٌ ، فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم ،، وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سَفَهُهُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ عَاماً .

---

(١) اختلفت كلمة الفقهاء فيما يكون صرف المال سرفا وتبذيرا :

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن صرف المال فى وجوه الخير وأنواع البر والقرب لا يعد سرفا ولا تبذيراً .

وذلك كصرفه فى سبيل الله وبناء المساجد ، وإصلاح الطرق ، وبناء القناطر ، وإقامة المعاقل والحصون ، وبناء المشافى ، وما إلى ذلك من كل عمل يعود على الإسلام والمسلمين بالمصلحة .

وذهب الحنفية إلى أن صرف المال فى وجوه البر يعد سرفا مذموما إن زاد عن حد التوسط . فأنت ترى أن الحنفية يرون كل تبذير سفها حتى لو كان فى القربات ، وغيرهم يرى أن التبذير ليس سفها فى القربات ، فإنه لا سرف فى الخير ، كما لا خير فى السرف .

(٢) فى الأصل : ميمون .　　　(٣) فى الأصل : استمر .

[عُمْدَةُ مَنْ أَوْجَبَ على الكبار ابتداء الْحَجْرِ]

وعمدةُ من أوجب على الكبار ابتداءَ الحجر : أن الْحَجْرَ على الصغار إنما وَجَبَ لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالباً ، فوجب أَنْ يَبْتَدِئَ الْحَجْرُ على من وُجِدَ فِيهِ هذا المعنى ، وإن لم يكن صغيراً ، قالوا : ولذلك اشْتُرِطَ في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إِينَاسُ الرُّشْدِ ، قال الله تعالى : ﴿ **فَإِنْ آنستُم مِنهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [النساء: ٦] فدل هذا على أن السبب المقتضي للحجر هو السَّفَهُ .

[عُمْدَةُ أبي حَنِيفَةَ]

وعمدة الحنفية : حديث حبان بن منقذ : « **إِذْ ذَكَرَ فيه لرَسُول الله ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ في الْبُيُوعِ ، فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ الله ﷺ الْخيارَ ثَلاثاً ، ولَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ** » [(١)] ، وربما قالوا : الصِّغَرُ هو الْمُؤَثِّرُ في مَنْعِ التَّصَرُّفِ بِالْمَالِ ؛ بدليل تأثيره في إسقاط [التكليف] [(٢)] ،، وإنما اعتبر الصغر ؛ لأنه الذي يوجد فيه السفه غالباً ، كما يوجد فيه نَقْصُ العقل غالباً ، ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ؛ إذ كانا يوجدان فيه غالباً، أعني : العقل ، والرشد ، وكما لم يعتبر النَّادرُ في التكليف ، أعني : أن يكون قَبْلَ البلوغ عاقلاً فَيُكَلَّفُ ، كذلك [لم] [(٣)] يعتبر النادر في السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغِ سفيهاً ، فَيُحْجَرُ عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رَشِيداً ، قالوا : وقوله تعالى : ﴿**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ** ... ﴾ [النساء : ٥] الآية ، ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم ، وذلك لا يُوجِبُ فَسْخَ بُيُوعِهِمْ ، وإبطالها .

[الْمَحْجُورُونَ عِنْدَ مَالك]

والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، وَالْمُفْلِسُ ، والمريض ، والزوجة ،، وسيأتي ذكر كل واحد منهم في بابه.

* * *

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : التكاليف . (٣) فى الأصل : ثم .

الْبَابُ الثَّانِي :
[مَتَى يَخْرُجُونَ من الْحَجْرِ ؟
وَمَتَى يُحْجَرُ عَلَيْهِمْ ؟
وَبِأَيِّ شُرُوطٍ يَخْرُجُونَ ؟]

والنظر في هذا الباب في موضعين : في وَقْتِ خُرُوجِ الصِّغَارِ من الحجر ، ووقت خروج السفهاء .

فنقول : إن الصغار بالجملة صِنْفَانِ : ذكور ، وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذو وَصِيٍّ ، وإما مهمل ؛ وهم الذين يَبْلُغُونَ ، ولا وَصِيَّ لهم ولا أب .

[الذُّكُورُ الصِّغَارُ ذَوُو الآبَاءِ ، ومتى يَخْرُجُونَ منَ الْحَجْرِ؟]

فأما الذكورُ الصغارُ ذَوُو الآبَاءِ فاتفقوا على أنهم لا يَخْرُجُونَ من الحجر إلا ببلوغ سِنِّ التكليف ، وإيناس الرشد منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا في الرُّشْد ما هو ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ **وَابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾ [النساء : ٦] .

[الإِنَاثُ الصِّغَارُ ذَوُو الآبَاءِ]

واختلفوا في الإِنَاثِ : فذهب الجمهور إلى أن حُكْمَهُنَّ في ذلك حُكْمُ الذكور ، أعني: بلوغ المحيض ، وإيناس الرشد ،، وقال مالك : هي في وِلايَةِ أبيها - في المشهور عنه - حتى تَتَزَوَّجَ ، ويدخل بها زوجها ، ويؤنس رشدها ، وروي عنه مثلُ قول الجمهور .
ولأصحاب مَالِكٍ في هذا أقوال غير هذه : قيل : إنها في ولاية أبيها حتى يَمُرَّ بها سَنَةٌ بَعْدَ دُخُولِ زوجها بها ،، وقيل: حتى يمر بها عَامَانِ ،، وقيل : حتى تَمرَّ بها سَبْعَةُ أَعْوَامٍ. وحجة مالك : أن إيناس الرشد لا يُتَصَوَّرُ من المرأة إلا بعد اختبار الرجال ،، وأما أقاويلُ أصحابه فضعيفة مخالفةٌ للنص والقياس ،، أما مخالفتها للنص ، فإنهم لم يَشْتَرِطُوا الرُّشْدَ ،، وأما مخالفتُهَا للقياس: فلأن الرُّشْدَ ممكنٌ تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة .

[إِذَا بَلَغَ ، وَلَمْ يُعْلَمْ سَفَهُهُ مِنْ رُشْدِه]

وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور : إن الاعتبار في الذكور [ذوي الآباء][١] الْبُلُوغُ ، وَإِينَاسُ الرُّشْدِ فاختلف قولُ مالك إذا بلغ ، ولم يُعْلَم سَفَهُهُ مِنْ رُشْدِهِ، وكان مجهولَ الحال : فقيل عنه : إنه مَحْمُولٌ على السفه حتى يَتَبَيَّنَ رشده ، وهو المشهور ،، وقيل عنه : إنه محمولٌ على الرُّشْدِ حتى يتبين سَفَهُهُ .

[الصِّغَارُ ذَوُو الأَوْصِيَاء]

فأما ذوو الأوصياء ، فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وَصِيَّة له من الحجر أي : [يقول] [٢] فيه : إنه رشيدٌ إن كان مقدماً من قبل الأب [بلا خلاف، أَوْ بِإِذْنِ الْقَاضِي مع الوصي إن كان مقدماً من غير الأب] [٣] على اخْتلافٍ في ذلك ،، وقد قيل في وَصِيِّ الأب : إنه لا يقبل في أنه رشيد إلا [حَتَّى] [٤] يَعْلَمَ رُشْدَهُ ،، وقد قيل : إن حاله مع الوصي كحاله مع الأب يخرجه من الْحَجْرِ إذا آنَسَ منه الرُّشْدَ ، وإن لم يخرجه وَصِيُّهُ بِالإِشْهَادِ ، وأن المجهولَ الحال في هذا حُكْمُهُ حكمُ المجهول الحال ذِي الأَبِ .

وأما ابن القاسم : فمذهبه أن الولايةَ غَيْرُ معتبر ثُبُوتُهَا إذا علم الرشد ، ولا سقوطها إذا علم السفه، وهي رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ؛ وذلك من قوله في اليتيم لا في البِكْرِ ،، والفرق بين المذهبين [أن من يعتبر] [٥] الولاية يقول : أفعاله كلها مردودة ، وإن ظَهَرَ رُشْدُهُ حتى يَخْرُجَ مِنَ الْوِلايَةِ ، وهو قول ضعيف ، فإن المؤثِّرَ هو الرُّشْدُ لا حكم الحاكم .

[اخْتِلافُهُمْ فِي الرُّشْدِ مَا هُوَ ؟]

أما اختلافهم في الرشد ما هو ؟ فإن مالكاً يرى أن الرشد [٦] هو تَثْمِيرُ الْمَال ،

---

(١) فى الأصل : دون الإناث . (٢) فى الأصل : بقوله . (٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : أن . (٥) فى الأصل : معتبر .
(٦) أما الرشد فقال كثير من العلماء : إنه الصلاح فى المال وحسن التصرف فيه وتثميره وتنميته . وذهب الشافعي وجماعة إلى أن المراد به الصلاح فى المال والدين .
أما طرق معرفته : فتختلف باختلاف أحوال المختبر نفسه ، فهى فى الذكور الذين يخالطون الناس فى الأسواق وغيرها ، تختلف عنها فى الإناث اللاتى لا يخالطن الناس فى الأسواق . والأمر فى معرفة الرشد ليس من السهولة بالدرجة التى تظن ، فالذين يخالطون الناس فى الأسواق يختبرون بدخول الأسواق ومخالطة من فيها حتى يشاهدوا ما يجرى بين الناس من بيع أو شراء ، فينكروا على المغبون ويغبطوا الرابح ، وبذلك تحصل لهم الخبرة ويثبت لهم الرشد . =

وَإِصْلَاحُهُ فقط ،، والشافعي [يشترط] [١] مع هذا صَلَاحَ الدين ،، وسببُ اختلافهم: هل ينطلق اسْمُ الرُّشْدِ على غَيْرِ صَالِحِ الدِّينِ ؟

[حَالُ الْبِكْرِ مَعَ الْوَصِيِّ]

وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لا تَخْرُجُ من الولاية إلا بالإخراج ما لم تَعْنسْ على اخْتِلَافٍ في ذلك ،، وقيل : حالها مع الوصي كحالها مع الأب ؛ وهو قولُ ابن الماجشون ، ولم يختلف قولهم : أنه لا يعتبر فيها الرُّشْدُ كاختلافهم في اليتيم .

[الْمُهْمَلُ مِنَ الذُّكُور]

أما المهملُ مِنَ الذُّكُور ، فإن المشهورَ أن أفعاله جائزة إذا بَلَغَ الْحُلُمَ ، كان سفيهاً مُتَّصِلَ السَّفَه ، أو [غير] [٢] متصل السفه ، معلناً به أو غير معلن ،، وأما ابن القاسم فيعتبر نَفْسَ فعله إذا وقع ، فإن كان رُشْداً جاز ، وإلا رده .

[الْمُهْمَلَةُ مِنَ الإِنَاث]

فأما اليتيمة [التى] [٣] **لا أب لها ، ولا وَصِيَّ** فإن فيها في المذهب قولين :

أحدهما : أَنَّ أَفْعَالَهَا جَائِزَةٌ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ .

والثاني : أَنَّ أَفْعَالَهَا مَرْدُودَةٌ ما لم تَعْنسْ ، وهو المشهور .

* * *

والذين لا يختلطون بالناس فى الأسواق ممن يسمون بـ« الطبقة العليا » يدفع إليهم نفقة قليل من الزمن ؛ ليرى كيف ينفقونها ويتصرفون فيها ، فإن أحسنوا النظر فى تصرفها فقد استبان رشدهم وثبت استقامة نظرهم ، وإلا فهم على السفه وعدم الرشد .

أما الإناث فيختبرن بدفع قليل من المال لشراء ما يلزم للبيت من حاجيات الطهى وما إلى ذلك من كل ما يختص به النساء عادة ، فإن تبين من صنيعهن حسن التصرف واستقامة النظر فقد تحقق رشدهن.

(١) فى الأصل : يرى . (٢) فى الأصل : ليس . (٣) سقط فى ط .

الْبَابُ الثَّالِثُ : فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ أَفْعَالِهِمْ فِي الرَّدِّ وَالإِجَازَةِ

وَالنَّظَرُ في هذا البابِ في شَيْئَيْنِ : أحدهما : ما يجوزُ لِصِنْفٍ صِنْفٍ من الْمَحْجُورِينَ من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حُكْمُ أَفْعَالِهِمْ في الرَّدِّ والإجازة ، وكذلك أفعالُ المهملينَ، وهم الذين بَلَغُوا الحلم من غير أب ، ولا وصي ، وهؤلاء - كما قلنا - : إما صغار ، وإما كبار متصلو الحجر من الصغر ، أو مبتدأ حجرهم .

[الصِّغَارُ مِنَ الأَوْلادِ ، وَالْبَنَاتِ]

فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ، ولا الْمَحِيضَ مِنَ النِّسَاءِ فلا خلاف في المذهب في أنه لا يَجُوزُ له في ماله مَعْرُوفٌ من هبة ، ولا صدقة ، ولا عطية ، ولا عتق، وإن أَذِنَ لَهُ الأَبُ في ذلك ، أو الوصي ،، فإن أَخْرَجَ من يَدِهِ شيئاً بِغَيْرِ عِوَضٍ كان موقوفاً على نَظَرِ وَلِيِّهِ إن كان له وَلِيٌّ ، فإن رآه رشداً أجازه ، وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك ، وإن عمل في ذلك حتى يَلِيَ أَمْرَهُ كان النظرُ إليه في الإجازة أو الرد .

[إِذَا كَانَ فِعْلُهُمْ سَدَاداً]

واختلف إذا كان فعْلُهُ سَدَاداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يَفْعَلَهُ هل له أن ينقضه إذا آلَ الأَمْرُ إلى خِلافِ بحوالة الأسواق ، أو نماء فيما باعه ، أو نقصان فيما ابتاعه ؟ فالمشهور أن ذلك له ،، وقيل : إن ذلك ليس له.

[مَا يَلْزَمُ الصَّغِيرَ ، وَمَا لا يَلْزَمُهُ]

ويلزم الصغير ما أَفْسَدَ في مَالِه مما لم يُؤْتَمَنْ عليه ، واختلف فيما أَفْسَدَ ، وكسر مما أؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بُلُوغِهِ ، وَرُشْدِهِ عِتْقُ مَا حَلَفَ بِحُرِّيَّتِهِ في صِغَرِهِ ، وحنث به في صِغَرِهِ ،، واختلف فيما حنث فيه في كبره ، وحلف به في صِغَرِهِ : فالمشهور أنه لا يَلْزَمُهُ ،، وقال ابن كنانة : يلزمه ، ولا يلزمه فيما ادعى عليه بيمين ، وَاخْتُلِفَ إذا كان

له شَاهِدٌ وَاحِدٌ هل يحلف معه ؟ فالمشهورُ أنه لا يَحْلِفُ ، وروي عن مالك ، والليث ؛ أنه يَحْلِفُ .

[حَالُ الْبِكْرِ ذَاتِ الأَبِ ، والوْصيِّ]

وحالُ البِكر ذَاتِ الأب والوصي كحَال الذكر ما لم تَعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها .

[السَّفيهُ الْبَالِغُ ، وَحُكْمُ أفعاله في الردِّ ، والإجازة]

أما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن [المحجور] (١) إذا طَلَّقَ زوجته ، أو خَالَعَهَا مَضَى طَلَاقُهُ وخلعه ، إلا ابن أبي ليلى ، وأبا يوسف ،، وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال : إنه يَنْفُذُ ،، وقال الجمهور : إنه لا يَنْفُذُ ،، وأما وصيته فلا أَعْلَمُ خِلافاً في نُفُوذِهَا ، ولا تلزمه هِبَةٌ ، ولا صَدَقَةٌ ، ولا عطية ، ولا عتق ، ولا شيء من المعروف ، إلا أن يَعْتِقَ أُمَّ وَلَدِهِ فيلزمه عتقها ، وهذا كله في المذهب ،، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف : قيل : يتبع ، وقيل : لا يتبع ، وقيل بِالْفَرْقِ بين القليل والكثير ،، وأما ما يفعله بِعِوَضٍ ، فهو أيضاً موقوف على نَظَرِ وَلِيِّهِ إن كان له وَلِيٌّ ، فإن لم يكن له ولي قدم له ولي ، فإن رد بيعه [الولي] (٢) ،وكان قد أَتْلَفَ الثمن ، لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

[حُكْمُ أَفْعَالِ الْمَحْجُورِينَ ، وَالْمُهْمَلِينَ عندَ مَالك]

وأما أحكامُ أفعالِ المحجورين ، أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم [إلى] (٣) أربعة أحوال : فمنهم من تكونُ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا محمولة على السفه مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد ،، ومنهم ضِدُّ هذا ، وهو أن تكونَ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَحْمُولَةً [على الرُّشْدِ ، وإن ظهر فيها ما هو سَفَهٌ ،، ومنهم من تَكُونُ أَفْعَالُهُ كلها محمولة على] (٤) السفه ما لم يتبين رشدُهُ ،، وعكس هذا أيضاً ، وهو أن تكون أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَحْمُولَةً على الرشد حتى يتبين سَفَهُهُ .

[الذي يُحْكَمُ لَهُ بالسَّفَه وَإِن ظَهَرَ رُشْدُهُ]

فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظَهَرَ رُشْدُهُ ، فهو الصغير الذي لم يبلغ ، والبِكْرُ ذاتُ الأب ، والوصي ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التَّعْنِيسَ ،، واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين .

---

(١) فى الأصل : المجنون .
(٢) فى الأصل : المولى .
(٣) فى الأصل : على .
(٤) سقط فى الأصل .

[الَّذي يُحكَمُ لَهُ بالرُّشْد ، وَإن عُلِمَ سَفَهُهُ]

وأما الذي يحكم له بحكم الرشد ، وإن عُلِمَ سَفَهُهُ فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قِبَلِ أَبيه ، ولا من قِبَلِ السلطان على مَشْهُورِ مَذْهَبِ مَالِك ، خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نَفْسَ الرُّشْد ، لا نفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون .

[الَّذي يُحكَمُ عليه بالسَّفَه بِحُكْمِ ما لَمْ يَظْهَرْ رُشْدُهُ]

وأما الذي يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشده فالابن بعد بُلُوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب ، وحالُ البِكْرِ ذات الأب التي لا وصي لها إذا تَزَوَّجَتْ ، وَدَخَلَ بها زَوْجُهَا ما لم يَظْهَرْ رُشْدُهَا ، وَمَا لَمْ تَبْلُغِ الْحَدَّ المعتبرَ في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمةُ التي لا وَصِيَّ لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة .

[الْحَالُ التي يُحكَمُ فيهَا بِحُكْمِ الرُّشْد حتى يَتَبيَّنَ السَّفَهُ]

وأما الحال التي يُحكَمُ فيها بِحُكْمِ الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حالُ الْبِكْرِ المعنس [1] عند من يعتبر التعنيس ، أو التي دَخَلَ بها زَوْجُهَا وقد مضى لدخوله الْحَدُّ المعتبَرُ من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حالُ الابْنِ ذي الأب إذا بَلَغَ ، وَجُهِلَتْ حَالُهُ على إحدى الروايتين ، والابنةُ البِكْرُ بعد بلوغها على الرواية التي لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها ، ، فهذه هي جُمَلُ ما في هذا الكتاب ، والفروع كثيرة .

تَمَّ بِحَمْدِ اللهِ ، وحسن عونه .

* * *

(١) فى الأصل : المعنسة .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ التَّفْلِيسِ[1]

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الْفَلَسُ ، وفي أحكام الْمُفْلِسِ .

[عَلَى مَا يُطْلَقُ الإفْلاسُ ؟]

فنقول : إن الإفْلاسَ في الشَّرْعِ يُطلق على معنيين : أحدهما : أن يَسْتَغْرِقَ الدَّيْنُ مَالَ الْمَدِينِ ، فلا يكونُ في ماله وَفَاءٌ بِدُيُونِه ، ، والثاني : ألا يكون له مَالٌ مَعْلُومٌ أصلاً ، وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما.

[إِذَا اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ مَالَ الْمَدِينِ]

فأما الحالة الأولى ، وهي إذا ظهر عند الحاكم مَنْ فَلَسُه ما ذكرنا : فاختلف العلماء في ذلك : هل للحاكم أن يَحْجُرَ عليه التَّصَرُّفَ في ماله حتى يبيعه عليه ، وَيَقْسِمَهُ على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبسه حتى يَدْفَعَ إليهم جميعَ مَالِهِ على أي نسبة اتفقت ، أو لمن اتفق منهم ؟ .

---

(١) التفليس : الفلس معروف ، والجمع فى القلة أفلس وفلوس فى الكثير ، وقد فلسه الحاكم تفليسا : نادى عليه أنه أفلس .

ينظر : لسان العرب ٥/ ٣٤٦٠ ، أنيس الفقهاء ص (١٩٥) ، تاج العروس ٤/ ٢١٠ .

والتفليس اصطلاحاً :

عرفه الشافعية بأنه : النداء على المفلس ، وإشهاره بصفة الإفلاس .

وعرفه المالكية ، قسموه إلى قسمين : أعم وأخص :

التفليس الأعم بأنه : قيام غرماء الدين عليه .

التفليس الأخص بأنه : حكم الحاكم بخلع المدين من ماله لغرمائه لعجزه عن قضاء دينه .

وعرفه الحنابلة بأنه : منع الحاكم من عليه دين حالٌ يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجز من التصرف فيه .

ينظر : فتح العزيز ١٠/١٩٦ ، شرح منح الجليل ٣/١١٢ ، مواهب الجليل ، ٥/ ٣٢ ، الإنصاف للمرداوى ٥/ ٢٧٢ .

[مَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَأَبَى أن يُنْصِفَ غُرَمَاءَهُ ، ومن قال : يبيع الحاكم عليه ماله]

وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له ما يَفِي بِدَيْنِه ، فَأَبَى أَنْ يُنْصِفَ غُرَمَاءَهُ ، هل [يبيع] [1] عليه الحاكمُ فيقسمه عليهم ، أم يحبسه حتى يُعْطِيَهُمْ بيده ما عليه ؟ فالجمهورُ يقولونَ : يبيع الحاكمُ مَالَهُ عليه ، فينصف منه غرماءَهُ ، [أو غريمه] [2] إن كان ملياً ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لَمْ يَفِ مَالُهُ بِدُيُونِهِ ، ويحجر عليه التصرف فيه ؛ وبه قال مالك ، والشافعي ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة ، وجماعة من أهل « العراق » ، ، وحجة مالك والشافعي : حديث معاذ بن جبل : « **أَنَّهُ كَثُرَ دَيْنُهُ فِي زَمَنِ** [3] **رَسُولِ الله ﷺ فَلَمْ يَزِدْ غُرَمَاءَهُ عَلَى أَنْ جَعَلَهُ لَهُمْ مِنْ مَالِه** » (١٠٦٥) ، وحديث أبي سعيد الخدري : « **أَنَّ رَجُلاً أُصِيبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ فِي ثَمَرِ ابْتَاعَهَا فَكَثُرَ دَيْنُهُ ،، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : تَصَدَّقُوا عَلَيْه ، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءً بدَيْنِه ،، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلا ذَلِكَ** » (١٠٦٦) ، وحديث عمر في الْقَضَاءِ على الرَّجُلِ المفلس في حَبْسِهِ .

---

(١) فى الأصل : يبيعه . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى ط : عهد .

(١٠٦٥) أخرجه البيهقى (٦/ ٥٠) كتاب التفليس : باب لا يؤاجر الحر فى دين عليه ، من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهرى : أخبرنى عبد الرحمن بن كعب ؛ أن معاذ بن جبل - وهو أحد قومه من بنى سلمة - كثر دينه على عهد رسول الله ﷺ فلم يزد رسول الله ﷺ غرماءه على أن خلع لهم ماله .

وأخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٣٠) كتاب البيوع ، حديث (٩٥) ، والبيهقى (٦/ ٤٨) كتاب التفليس : باب الحجر على المفلس وبيع ماله ، من طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهرى عن ابن كعب ابن مالك عن أبيه ؛ « أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه » .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٤٨) كتاب التفليس : باب الحجر على المفلس وبيع ماله ، من طريق الزهرى عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال : كان معاذ بن جبل رجلا حليما سمحاً من أفضل شباب قومه ، ولم يكن يمسك شيئا ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله فى الدين ، فأتى النبى ﷺ فكلم غرماءه فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شئ .

(١٠٦٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١) كتاب المساقاة : باب استحباب الوضع من الدين ، حديث (١٨/ ١٥٥٦) ، وأحمد (٣/ ٣٦) ، وأبو داود (٣/ ٧٤٥) كتاب البيوع والإجارات : باب فى وضع الجائحة، حديث (٣٤٦٩) ، والترمذى (٣/ ٤٤) كتاب الزكاة : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، حديث (٦٥٥) والنسائى (٧/ ٢٦٥) كتاب البيوع : باب وضع الجوائح ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٩) كتاب الأحكام : باب تفليس المعدم ، حديث (٢٣٥٦) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (١٠٢٧) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (٢/ ٣٦٠) ، والحاكم (٢/ ٤١) ، والبيهقى (٦/ ٥٠) كتاب التفليس : باب لا يؤاجر الحر فى دين عليه ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٢٤٢ - بتحقيقنا) كلهم من طريق بكير بن الأشج عن عياش بن عبد الله عن أبى سعيد الخدرى به .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

=

وقوله فيه : « أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ ، فَإِنَّ الأُسَيْفِعَ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دينه وَأَمَانَتِهِ بأن يقال : سَبَقَ الْحَاجَّ ، وأنه [أدان] (١) معرضاً فأصبح قدرين عليه ، فَمَنْ كان له عليه دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا » ،، وأيضاً من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض مَحْجُوراً عليه لمكان ورثته ، فَأَحْرَى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الْغُرَمَاءِ ، وهذا القول هو الأظهر ؛ لأنه أَعْدَلُ ،، والله أعلم.

[مَنْ قَالَ بِحَبْسِ المدينِ حتَّى يَبِيعَ مَالَهُ فَيُنْصِفَ غُرَمَاءَهُ]

وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يُعْطِيَ ما عليه ، أو يموت محبوساً ، فيبيع القاضي حينئذ ماله ، ويقسمه على الغرماء : فمنها : حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بـ « أحد » وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء ، قال جابر : « **فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَكَلَّمْتُهُ ، فَسَأَلَهُمْ أَنْ يَقْبَلُوا مِنِّي حَائِطِي ، وَيُحَلِّلُوا أَبِي ، فَأَبَوْا ،، فَلَمْ يُعْطِهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ حَائِطِي ،، قَالَ : وَلَكِنْ سَأَغْدُو عَلَيْكَ ،، قَالَ : فَغَدَا عَلَيْنَا حِينَ أَصْبَحَ ، فَطَافَ بِالنَّخْلِ فَدَعَا فِي ثَمَرِهَا بِالْبَرَكَةِ ،، قَالَ : فَجَذَذْتُهَا فَقَضَيْتُ مِنْهَا حُقُوقَهُمْ ، وَبَقِيَ مِنْ ثَمَرِهَا بَقِيَّةٌ** » (١٠٦٧) ، وبما روي أيضاً أنه مات أسيد بن الحضير (٢) ، وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - غُرَمَاءَهُ ، فقبلهم أرضه أَرْبَعَ سِنِينَ بما لهم عليه ،، قالوا : فهذه الآثار كُلُّهَا ليس فيها أنه بيع أصل في دين ،، قالوا: ويدل عليه قوله ﷺ : « **لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ ، وَعُقُوبَتَهُ** » (١٠٦٨)

= وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

قلت : واستدراكه على مسلم وهم ، فقد أخرجه .

(١) فى الأصل : دان .

-(١٠٦٧) أخرجه البخارى (٥/ ٥٩) كتاب الاستقراض : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز، حديث (٢٣٩٥) ، وأحمد (٣/ ٣٩٨) ، وأبو داود (٣/ ٣٠٣) كتاب الوصايا : باب الرجل يموت وعليه دين ، حديث (٤٨٨٤) ، والنسائى (٦/ ٢٤٤) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وابن ماجه (٢/ ٨١٤) كتاب الصدقات : باب أداء الدين عن الميت ، حديث (٢٤٣٣) .

(٢) أسيد بن حضير - بمهملة ثم معجمة مصغر آخره مهملة - ابن سماك بن عتيك الأشهلى ، له كنى ، صحابى مشهور ، شهد العقبة وبدراً وشهد الجابية وفتح بيت المقدس . له ثمانية عشر حديثا اتفقا على حديث ، وانفرد بآخر . قال النبى ﷺ : « نعم الرجل أسيد بن حضير » ، مات سنة عشرين، وحمله عمر بين عمودى السرير حين وضع بـ« البقيع » .

ينظر : الخلاصة : ١/ ٩٨ (٥٨٣) ، وتقريب التهذيب ١/ ٧٨ .

(١٠٦٨) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٨) ، وأبو داود (٤/ ٤٥) كتاب الأقضية : باب الحبس فى الدين ، حديث (٣٦٢٨) ، والنسائى (٧/ ٣١٦) كتاب البيوع : باب مطل الغنى ، وابن ماجه (٢/ ٨١١) كتاب =

[قالوا : والعقوبة] [1] هي حبسه ،، وربما شبهوا اسْتِحْقَاقَ أُصُولِ العقار عليه بِاسْتِحْقَاقِ إجارته .

[بِأَيِّ دُيُون تَكُونُ الْمُحَاصَّةُ فِي مَالِ الْمُفْلِس]

وإذا قلنا : إن الْمُفْلِسَ مَحْجُورٌ عليه ، وبأي ديون تكون الْمُحَاصَّةُ في ماله ؟ وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ فأما المفلس فله حالان : حال : في وقت الْفَلَسِ قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر .

[حَالُ الْمُفْلِسِ قَبْلَ الْحَجْرِ ، وما له أن يفعله]

فأما قبل الحجر ، فلا يجوز له إتْلَافُ شيءٍ من ماله - عند مالك - بغير عِوَضٍ إذا كان مما لا يلزمه ، ومما لا تجري الْعَادَةُ بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ؛ لأن له أن يَفْعَلَ ما يلزم بالشرع ، وإن لم يكن بعوض ؛ كنفقة على الآباء المعسرين ، أو الأبناء،، وإنما قيل : مما لم تَجْرِ العادة بفعله ؛ لأن له إتلافَ اليسير من ماله بغير عوض ؛ كالأضحية ، والنفقة في العيد ، والصدقة اليسيرة ،، وكذلك تُرَاعَى العادةُ في إِنْفَاقِهِ في عِوَضٍ ؛ كالتزوج ، والنفقة على الزوجة ، ويجوز بَيْعُهُ ، وَابْتِيَاعُهُ ما لم تكن في مُحَابَاة، وكذلك يجوز إِقْرَارُهُ بالدَّيْن لمن يتهم عليه ،، واختلف قول مالك في قَضَاءِ بَعْضِ غُرَمَائِهِ دون بعض ، وفي رهنه .

وأما جمهورُ من قال بِالْحَجْرِ عَلَى الْمُفْلِسِ فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ،، وإنما

= الصدقات : باب الحبس فى الدين والملازمة ، حديث (٢٤٢٧) ، والبخارى فى « التاريخ الكبير » (٤/ ٢٦٠) وابن أبى شيبة (٧/ ٧٩) ، وابن حبان (١١٦٤ - موارد) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (١/ ٤١٣) ، والحاكم (٤/ ١٠٢) والبيهقى (٦/ ٥١) كتاب التفليس : باب حبس من عليه الدين ، والطبرانى فى « الكبير » (٧/ ٣١٨) رقم (٧٢٤٩ ، ٧٢٥٠) كلهم من طريق وبر بن أبى دليلة : ثنا محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال : « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

وصححه ابن حبان .

والحديث ذكره البخارى تعليقا (٥/ ٧٥) كتاب الاستقراض : باب لصاحب الحق مقال .

قال الحافظ فى الفتح (٥/ ٧٦) : والحديث المذكور وصله أحمد وآسحاق فى مسنديهما ، وأبو داود والنسائى من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفى عن أبيه بلفظه ، وإسناده حسن .

وذكر الطبرانى أنه لا يروى إلا بهذا الإسناد .

(١) فى الأصل : قال : والعقوبات .

ذهب الجمهور لهذا ؛ لأن الأَصْلَ هو جوَازُ الأفعال حتى يَقَعَ الحجر ،، ومالكٌ كأنه اعتبر المعنى نفسه ، وهو إحاطةُ الدَّيْنِ بماله ، لكن لم يعتبره في كل حال ؛ لأنه يجوز بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يُجَوِّزُهُ للمحجور عليه .

[حَالُ الْمُفْلسِ بَعْدَ الإِفْلاسِ]

وأما حاله بعد التفليس ، فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ، ولا شراء ، ولا أخذ ، ولا عطاء ، ولا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ في ذمته لقريب ، ولا بعيد ،، قيل : إلا أن يَكُونَ لواحد منهم بَيِّنَةٌ ،، وقيل : يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض .

[إِذَا أَقَرَّ الْمُفْلسُ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ]

واختلف في إقراره بمال معين : مثل : القراضِ ، والوديعة على ثَلاثَةِ أَقْوَالٍ في المذهب: بالجوازِ ، وَالْمَنْعِ ، والثالث : بالفرق بين أن يكون على أَصْلِ الْقِرَاضِ أو الوديعة بَيِّنَةٌ أو لا تكون ،، فقيل : إن كانت صدق ، وإن لم تكن لم يصدق .

[دُيُونُ الْمُفْلسِ الْمُؤَجَّلَةُ ، وهل تَحلُّ بالإفْلاسِ ؟]

واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت ،، وذهب غيره إلى خلاف ذلك .

[هَلْ تَحلُّ الدُّيُونِ بِالْمَوْتِ؟]

وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت : قال ابن شهاب : مَضَت السُّنَّةُ بأن دينه قد حل حين مات ،، وحجتهم أن الله - تبارك وتعالى - لم يبح التَّوَارُثَ إلا بعد قَضَاءِ الدَّيْنِ ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما ألا يريدوا أن يؤخروا حُقُوقَهُمْ في المواريث إلى مَحلِّ أجل الدَّيْنِ ، فيلزم أن يجعل الدَّيْن حَالا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميرَاثِهِمْ حتى تَحلَّ الديون ، فتكون الديون حينئذ مَضْمُونَةً في التركة خاصة لا في ذممهم، بخلاف ما كان عليه الدَّين قبل الموت ؛ لأنه كان في ذمَّة الميت ؛ وذلك يحسن في حَقِّ ذي الدَّيْنِ ، ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضي الغرماءُ بتحمله في ذممهم ، أبقيت الديون إلى أجلها ؛ وممن قال بهذا القول ابن سيرين ، واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار .

[بين الْفَلَس ، وَالْمَوْت فِى حلُول الدُّيون]

لكن لا يشبه الفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خَرِبَتْ ، فإن ذمة المفلس يُرْجَى المال لها ، بخلاف ذمة الميت .

[فِيمَا يَرْجِعُ بِهِ أَصْحَابُ الدُّيُونِ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ]

وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون مِنْ مَالِ المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر ، وأما ما كان قد ذهب عين [العوض] (١) [الذي استوجب] (٢) من قبله الغريم على المفلس ، فإن دَيْنَهُ في ذمَّة الْمُفْلِسِ .

[مَنْ وَجَدَ سلعتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ الْمُفْلِس]

وأما إذا كان عين [العوض باقياً] (٣) بعينه لم يفت إلا أنه لم يَقْبِضْ ثمنه فاختلف في ذلك فُقَهَاءُ الأمصار على أربعة أقوال : الأول : أن صاحبَ السِّلْعَةِ أَحَقُّ بها على كُلِّ حَالٍ إلا أن يتركها ، ويختار المحاصة ؛ وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور .

والقول الثاني : ينظر إلى قيمة السلعة يوم الْحُكْمِ بالتفليسِ ، فإن كانت أَقَلَّ من الثمن خُيِّرَ صَاحِبُ السلعة بين أن يَأْخُذَهَا ، أو يُحَاصَّ الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن ، أخذها بعينها إلا أن يشاء الغرماء ، أو يُعْطُوهُ ثمنها الذى باعها به ، فذلك له ، وبه قال مالك وأصحابه .

والقول الثالث : تُقَوَّمُ السلعةُ يَوْمَ التَّفْلِيسِ ، فإن كانت قيمتُها مساويةً للثمن ، أو أقل منه قضى له بها ، أعني : للبائع ، وإن كانت أَكْثَرَ دفع إليه مقدار ثمنه ، وَيَتَحَاصُّونَ في الباقي ؛ وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر .

والقول الرابع: أنه أُسْوَةُ الغرماءِ فيها على كل حال ؛ وهو قول أبي حنيفة ، وأهل الكوفة .

[الأَصْلُ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ]

والأصل في هذه المسألة : ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «**أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ ، فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**» (١٠٦٩) ،

---

(١) فى الأصل : العرضة . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : العرض قائماً .

(١٠٦٩) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) كتاب البيوع : باب ما جاء فى إفلاس الغريم ، حديث (٨٨) ، والبخارى (٥/ ٦٢) كتاب الاستقراض : باب إذا وجد ماله عند مفلس ، حديث (٢٤٠٢) ، ومسلم (٣/ ١١٩٣) كتاب المساقاة : باب من أدرك ما باعه عند المشترى ، حديث (٢٢/ ١٥٥٩) ، وأبو داود (٣/ ٧٨٩) كتاب البيوع والإجارات : باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ، حديث (٣٥١٩) ، والترمذى (٣/ ٥٦٢ - ٥٦٣) كتاب البيوع : باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه ، حديث (١٢٦٢) ، والنسائى (٧/ ٣١١ - ٣١٢) كتاب البيوع : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس حديث (٢٣٦٠) ، وأحمد (٢/ ٢٥٨) ، والدارمى (٢/ ٢٦٢) كتاب البيوع : باب فيمن وجد متاعه عند المفلس ، والدارقطنى=

... ...

= (٣/ ٢٩) كتاب البيوع ، حديث (١٠٧) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٦٣٠) ، والبيهقى (٦/ ٤٤) كتاب التفليس : باب المشترى يفلس بالثمن ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٥/ ٣٦١) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٣٣٩ - بتحقيقنا) ، من طريق يحيى بن سعيد عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ؛ أنه سمع عمر بن عبد العزيز يحدث أنه سمع أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام يحدث ؛ أنه سمع أبا هريرة يقول : قال رسول الله ﷺ : « أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره » .

قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وقال أبو نعيم : صحيح ثابت متفق عليه .

وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة : باب من أدرك ما باعه عند المشترى ، حديث (٢٤/ ١٥٥٩) ، والطيالسى (١/ ٢٧٥ - منحة) رقم (١٣٨٦) ، وأحمد (٢/ ٤١٠) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٦٤) ، والبيهقى (٦/ ٤٦) كتاب التفليس : باب المشترى يفلس بالثمن ، من طريق النضر ابن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة به .

وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة : باب من أدرك ما باعه عند المشترى ، حديث (٢٥/ ١٥٥٩) ، والبيهقى (٦/ ٤٦) كتاب التفليس : باب المشترى يفلس بالثمن ، من طريق خيثم بن عراك عن أبيه عن أبى هريرة .

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩٣) كتاب البيوع : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، حديث (٣٥٢٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، حديث (٢٣٦٠) ، والطيالسى (١/ ٢٧٤) رقم (١٣٨٥) ، والشافعى (٢/ ١٦٣) كتاب التفليس، حديث (٥٦٤) ، وابن الجارود رقم (٦٣٤) والحاكم (٢/ ٥٠ - ٥١) ، والبيهقى (٦/ ٤٦) كتاب التفليس : باب المشترى يموت مفلساً بالثمن ، كلهم من طريق ابن أبى ذئب قال : ثنى أبو المعتمر بن عمرو عن ابن خلدة الزرقى قال : جئنا أبا هريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه اللفظة . ووافقه الذهبى .

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩١) كتاب البيوع : باب الرجل يفلس فيجد متاعه بعينه ، حديث (٣٥٢٢)، وابن الجارود (٦٣٢) ، والدارقطنى (٣/ ٣٠) كتاب البيوع ، حديث (١١٠) ، والبيهقى (٦/ ٤٦) كتاب التفليس : باب المشترى يموت مفلساً بالثمن . كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن الزبيدى عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « وأيما امرئ هلك وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » .

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام : باب من وجد متاعه بعينه ، حديث (٢٣٥٩) ، وابن الجارود (٦٣١) ، والدارقطنى (٣/ ٢٩ - ٣٠) كتاب البيوع ، حديث (١٠٩) ، والبيهقى (٦/ ٤٧) كتاب التفليس : باب المشترى يموت مفلساً بالثمن ، من طريق إسماعيل عن موسى بن عقبة عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى هريرة ؛ أن النبى ﷺ قال : « أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل وقد أفلس ، ولم يكن قبض من ثمنها شيئا ، فهى له وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة للغرماء » . =

وهذا [الحديث] (١) خرجه مالك ، والبخاري ، ومسلم ،، وَأَلْفَاظُهُمْ مُتَقَارِبَةٌ ، وهذا اللفظ لمالك ،، فمن هؤلاء من حمله على عمومه ، وهم الفريق الأول ، ومنهم من خَصَّصَهُ بالقياس ، وقالوا : إن مَعْقُولَهُ إنما هو الرِّفْقُ بصاحب السلعة ؛ [لتكون] (٢) سلعته بَاقِيَةً ، وأكثر ما في ذلك أن يَأْخُذَ الثمنَ الذي باعها به ، فأما أن يعطي في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الْغُرَمَاءِ أكثر من ثمنها ، فذلك مخالف لأصول الشرع ، وَبِخَاصَّةٍ إذا كان للغرماء أَخْذُهَا بالثمن ؛ كما قال مالك ،، وأما أهل « الكوفة » فردوا هذا الحديث بجملته ؛ لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رَدِّ خَبَرِ الْوَاحِدِ إذا خالف الأصول المتواترة ؛ لكون خبر الواحد مظنوناً ، والأصول يَقِينِيَّةٌ مقطوعٌ بها ؛ كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس : ما كُنَّا لندع كتابَ اللهِ ، وسنة نبينا لحديث امرأة،، وروي عن

= وأخرجه ابن ماجه (٧٩١/٢) كتاب الأحكام : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، حديث (٢٣٦١) ، والدارقطنى (٣٠/٣) كتاب البيوع ، حديث (١١١) ، والبيهقى (٤٨/٦) كتاب التفليس : باب المشترى يموت مفلساً بالثمن ، من طريق اليمان بن عدى : ثنى الزبيدى محمد بن عبد الرحمن عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة للغرماء » .

وقد روى هذا الحديث مرسلاً أيضاً : أخرجه مالك (٦٧٨/٢) كتاب البيوع : باب فى إفلاس الغريم ، حديث (٨٧) ، وأبو داود (٧٩١/٣) كتاب البيوع : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ، حديث (٣٥٢٠) عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » .

وفى الباب عن سمرة بن جندب وعبد الله بن عمر :

حديث سمرة :

أخرجه أحمد (١٠/٥) من طريق عمر بن إبراهيم : ثنا قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ قال: « من وجد متاعه عند مفلس بعينه » .

حديث عبد الله بن عمر :

أخرجه البزار (٢/ ١٠٠ - ١٠١- كشف) رقم (١٣٠١) ، وابن حبان (١١٦٥ - موارد) من طريق الحسن بن محمد بن أعين : ثنا فليح بن سليمان عن نافع عن ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : «إذا أفلس الرجل فوجد رجل ماله بعينه فهو أحق به » .

واللفظ للبزار .

ولفظ ابن حبان : « إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به » .

قال الهيثمى فى « المجمع » (١٤٧/٤) : رواه البزار ، ورجاله رجال الصحيح . أ.هـ .

وصححه ابن حبان .

(١) فى الأصل : اللفظ .

(٢) فى ط : لكون .

عليّ أنه قضى بالسلعة للمفلس ؛ وهو رأي ابن سيرين ، وإبراهيم من التابعين ،، وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مُخْتَلَفٌ فيه ؛ وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **أَيُّما رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ ، فَوَجَدَ بَعْضُ غُرَمَائه مَالَهُ بعيْنه ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَماء** » [١] ، وهذا الحديثُ أولى ؛ لأنه موافق [للأصول الثابتة] [٢] ،، قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الْوَديعَة ، وَالْعَارِيَة ، إلا أن الجمهور [دفعوا] [٣] هذا التأويل بما ورد في لفظ [٤] حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع [٥] ،، وهذا كله عند الجميع بعد قَبْضِ الْمُشْتَرِي السِّلْعَة ،، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون : أهل « الحجاز » ، وأهل «العراق » أن صاحبَ السلعة أحَقُّ بها ؛ لأنها في ضمانه .

[إِذَا قَبَضَ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ في المسألة السابقة]

اختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائعُ بَعْضَ الثمن فقال مالك : إن شاء أن يَرُدَّ ما قبض يأخذ السِّلْعَةَ كلها ، وإن شاء حَاصَّ الغرماءَ فيما بقي من سلعته ،، وقال الشافعي : بل [يأخذ ما بقي] [٦] من سلْعَته بما بقي من الثمن ،، وقالت جماعة من أهل العلم : داود ، وإسحق ، وأحمد : إنْ قَبَضَ من الثمن شيئاً، فهو أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ

وحجتهم : ما روي مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن ؛ أن رسول الله ﷺ قال : «**أَيُّما رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذي ابْتَاعَهُ ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذى بَاعَهُ شيْئاً ، فَوَجَدَهُ بعَيْنه فهُوَ أَحَقُّ به ، وَإِنْ مَاتَ الَّذى ابْتَاعَهُ** [٧] **فَصَاحبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاء** » [٨] ،، وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق [٩] ،، وقد روي من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه : « **فَإِنْ كَانَ قَبَضَ من ثَمَنهَا شَيْئًا فهُوَ أُسْوَة الْغُرَمَاء**» [١٠] ، ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه ، وخرجه ،، وحجة الشافعي : أن كل السلعة ، أو بعضها في الحكم واحد .

ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بَعْضَهَا : [أن البائع أَحَقُّ بالمقدار الذي أَدْرَكَ من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشتري بعضها] [١١] كان الْبَائِعُ أُسْوَةَ الْغُرَمَاء .

---

(١) تقدم .　(٢) فى الأصل : للأصل الثابت .　(٣) فى الأصل : رفضوا .
(٤) فى الأصل : لفظه .　(٥) تقدم .　(٦) فى الأصل : يأخذها هى .
(٧) فى الأصل : وإن مات الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق.
(٨) تقدم .　(٩) فى الأصل : عبد الرحمن .　(١٠) تقدم .
(١١) سقط فى الأصل .

[قول مالك ، والشافعي في الموت ، وهل حُكْمُهُ حُكْمُ الفَلَسِ ؟]

واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس ، أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أُسْوَةُ الغرماء ، بخلاف الْفَلَسِ ،، **وقال الشافعي** : الأمر في ذلك واحد .

وعمدةُ مالك : ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر ، وهو نَصٌّ في ذلك ،، وأيضاً من جهة النظر إن فَرَّقَا بين الذمة في الْفَلَسِ والموت ؛ وذلك أن الْمُفْلِسَ ممكن أن تثرى حَالُهُ ، فيتبعه غُرَمَاؤُهُ بما بقي عليه ، وذلك غير متصور في الموت .

وأما الشافعي فعمدته : ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة : قال رسول الله ﷺ : **«أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ ، أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ به »** (١) ، فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلسِ ، قال : وحديث ابن أبي ذئب أَوْلَى من حديث ابن شهاب ؛ لأن حديث ابن شهاب مرسل ، وهذا مسند ،، ومن طريق المعنى فهو مَالٌ لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فَأَشبه مَالُ الْمُفْلِسِ ،، وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي، وترجيحُ حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جِهَةِ أن مُوَافَقَةَ الْقِيَاسِ له أَقْوَى؛ وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قِيَاسُ المعنى ، فهو أقوى مما وافقه قِيَاسُ الشبه، أعني : أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق .

فسبب الخلاف : تَعَارُضُ الآثار في هذا المعنى والمقاييس ، وأيضاً فإن الأَصْلَ يَشْهَدُ لقول مالك في الموت ، أعني : أَنَّ مَنْ بَاعَ شيئاً فليس له يرجع إليه ، فمالك - رحمه الله - أَقْوَى في هذه المسألة ، والشافعي إنما ضعف عنده فيها قَوْلُ مالك ؛ لما روي من المسند ، والمرسل عنده لا يجب العمل به .

[اخْتِلافُ مَالِكٍ والشافعيِّ فيمن وَجَدَ سِلْعَتَهُ عند مفلس ، وقد أحدث بها زِيَادَةً]

واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس ، وقد أحدث زِيَادَةً مثل أن تكون أرضاً يغرسها ، أو عَرْصَةً بينهما : فقال مالك : العملُ الزائدُ فيها هو فَوْتٌ، ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء ،، وقال الشافعي : بل يُخَيَّرُ البائع بين أن يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ، ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ، وَيُحَاصَّ الغرماءَ في الزيادة ،، وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة .

---

(١) تقدم .

[تحصيلُ مَذْهَبِ مالك فيما يكون الْغَرِيم به أَحَقَّ مِن الباقين في الموت وَالْفَلَسِ]

وتحصيلُ مذهب مَالك فيما يكون [الغريم] (١) به أَحَقَّ من سَائِر الغرماء في الموت والفلس ، أو في الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ : أن الأشياءَ المبيعةَ بالدَّيْنِ تنقسم في التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين .

فأما العرض فإن كان في يَدِ بَائِعهِ فلم يسلمه حتى أَفْلَسَ المشتري، فهو أحق به في الموت والفلس ، وهذا ما لا خلاف فيه ، وإن كان قد دَفَعَهُ إلى المشتري ثم أَفْلَسَ ، وهو قَائِمٌ بيده ، فهو أَحَقُّ به من الغرماء في الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يَأْخُذُوا سِلْعَتَهُ بالثمن .

وقال الشافعي : ليس لهم ،، وقال أشهب : لا يأخذونها إلا بزيادة يَحُطونها عَنِ الْمُفْلِسِ، ، وقال ابن الماجشون: إن شاءوا كان الثَّمَنُ من أموالهم ، أو من مال الغريم(٢)،، وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم .

وأما العين فهو أَحَقُّ بها في الموت أيضاً ، والفلس ما كان بِيَدِهِ ، واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ، ففلس ، أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه : فقيل : إنه أَحَقُّ بهِ كَالْعُرُوضِ في الْفَلَسِ دون الموت ، وهو قول ابن القاسم ،، وقيل : إنه لا سَبِيلَ له عليه، وهو أُسْوَةُ الغرماء ، وهو قول أشهب ،، والقولان جاريان على الاختلاف في تَعْيِينِ العين ، وأما إن لم يعرف بعينه فهو أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ في الموت وَالْفَلَسِ .

[إنْ أَفْلَسَ الْمُسْتَأجرُ قبل أَنْ يَسْتَوْفي عَمَلَ الأجير]

أما العمل الذي لا يتعين: فإن أَفلس المستأجرُ قبلَ أن يَسْتَوْفِيَ عَمَلَ الأجير ، كان الأجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعاً ؛ كالسلعة إذا كانت بيد البائع في [وقت](٣) الفلس . وإن كان فلسه (٤) بعد أن استَوْفَى عَمَلَ الأَجيرِ ، فالأجيرُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعاً [على أظهر الأقوال] (٥) ، إلا أن تكون بيده السلعة التي استُؤْجِرَ عَلَى عَمَلِهَا ، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعاً ؛ لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أَحَقَّ بِهِ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ .

وكذلك الأمر عنده في فلس مكتري الدواب : أن المكرى أَحَقُّ بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعاً ، وكذلك مكتري السفينة ،، وهذا كله شبهه مالك بالرهن .

---

(١) فى الأصل : الغرم . (٢) فى الأصل : الغرم . (٣) فى الأصل : فوت .
(٤) فى الأصل : حبسه . (٥) سقط فى الأصل .

وبالجملة : فلا خلافَ في مذهبه أن الْبَائِعَ أَحَقُّ بما في يديه في الموت والفلس ، وأحق بسلعته الْقَائِمَةِ الْخَارِجَةِ عَنْ يَدِه في الْفَلَسِ دون الموت ، وأنه أسوةُ الغرماء في سلعته إذا فاتت ، وعنده ما يشبه حَالَ الأجير عند أصحاب مالك ،، وبالجملة : البائع منفعة بالبائع الرقبه ، فمرة يُشَبِّهُونَ الْمَنْفَعَةَ التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري ؛ فيقولون : هو أَحَقُّ بِهَا فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ ،، ومرة يشبهونه بالتي خَرَجَتْ من يَدِهِ ولم [يمت] (١) ؛ فيقولون : هو أحق بها في الفلس دون الموت ،، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فَاتَتْ فيه ؛ فيقولون : هُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاء .

[مَنِ اسْتُؤْجِرَ عَلَى سَقْيِ حَائِط فَسَقَاهُ حَتَّى أَثْمَرَ ، ثم أَفْلَسَ المستأجرُ]

ومثال ذلك : اختلافهم فيمن استؤجر على سَقْيِ حائط ، فسقاه حتى [أثمر] (٢) الحائط ، ثم أفلس المستأجر ، فإنهم قالوا فيه الأقوال الثلاثة .

[تَشْبِيهُ بَيْعِ المنافِعِ في هذا الباب بِبَيْعِ الرِّقَاب عِنْدَ مَالك]

وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرِّقَاب : هو شيء - فيما أَحسَب - انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف ؛ لأن قياسَ الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ؛ ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ،، ولعل المالكية تَدَّعِي وُجُودَ هذا المعنى في هذا القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

[الْعَبْدُ الْمُفْلِسُ المأذونُ له في التجارة ، وهل يتبع بالدَّيْنِ في رَقَبَته ؟]

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة ، هل يتبع بالدَّين في رقبته ، أم لا ؟ فذهب مالك ، وأهل الحجاز إلى [أنه] (٣) يتبع بما في يده لا في رقبته ، ثم إن أعتق [أتبع] (٤) بما بَقِيَ عليه من الديون، ، ورأى قوم : أنه يُبَاعُ ،، ورأى قوم أن الْغُرَمَاءَ يُخَيَّرُونَ بين بيعه ، وبين أن يسعى فيما بقي عليه من [الدَّين] (٥) ؛ وبه قال شريح ،، وقالت طائفة: بَلْ يَلْزَمُ سَيِّدَهُ مَا عليه ، وإن لم يشترطه بالدين .

[الَّذِينَ لَمْ يَرَوْا بيع رقَبَتِه ، والذين رأوا بيعه ، والذين رأوا الرجوع على السيد]

فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الْحُرَّ ،، **والذين رأوا بيعه** شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني،، أما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من

---

(١) في الأصل : تَفُتْ . (٢) في الأصل : أتمَّ . (٣) في الأصل : إنما .
(٤) في الأصل : لم يتبع . (٥) في الأصل : الديون .

الدَّين ، فإنهم شبهوا مَالَهُ بمال السَّيِّد ؛ إذ كان له انتزاعه ، ، فسبب الخلاف : هو تَعَارُضُ أقيسة [الشبه] [١] في هذه المسألة .

[إذَا أَفْلَسَ الْعَبْدُ وَالْمَوْلَى معاً بأَيٍّ يُبْدَأُ ؟]

ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معاً بأي يبدأ ؟ هل بدين العبد ، أم بدين المولى؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ؛ لأن الذين دَايَنُوا العبدَ إنما فعلوا ذلك ثِقَةً بما رأوا عند العبد من المال، والذين داينوا المولى لم يَعْتَدُّوا بِمَالِ الْعَبْدِ . ومن رأى البدء بالمولى - قال : لأن مَالَ الْعَبْدِ هو في الحقيقة لِلْمَوْلَى . فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حُكْمُهُ مَالَ الأجنبي ، أو هو حكم مال السيد .

[قَدْرُ مَا يُتْرَكُ لِلْمُفْلِسِ مِنْ مَاله]

وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المَذهَب : يترك له قدر ما يعيش به هو ، وأهله ، وولده الصغار لأيَّامٍ ، و[قال] [٢] في « الْوَاضِحَة » ، و« الْعتبية » : الشَّهْر ، ونحوه ، ويترك له كُسْوَةُ مثله ، وتوقف مالك في كسوة زوجته ؛ لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها ، أو بِغَيْرِ عِوَضٍ . وقال سحنون : لا يُتْرَكُ له كُسْوَةُ زَوْجَتِهِ . وروي ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يُوَاريه ، وبه قال ابن كنانة .

[هَل تُبَاعُ على الْمُفْلِسِ كُتُبُ الْعِلْمِ ؟]

واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين . وهذا مَبْنِيٌّ على كَرَاهِيَةِ بيعِ كُتُبِ الفقه، أو لا كراهية في ذلك .

[الدُّيونُ التي يُحَاصُّ بها ، والتي لا يُحَاصُّ]

وأما معرفةُ الديون التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك ، فإنها تنقسم أولاً إلى قسمين : **أحدهما** : أن تكونَ وَاجِبَةً عن عوض .

والثاني : أن تكون وَاجِبَةً من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، [فإنها تنقسم إلى عِوَضٍ مَقْبُوضٍ ، وإلى عوض غير مقبوض] [٣] ، فأما ما كانت في عوض مقبوض، وسواء كانت مالاً أو أَرْشَ جناية ، فلا خلاف في المذهب أن [محاصة] [٤] الغرماء بها واجبة . أما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام :

أحدها : ألا يمكنه دَفْعُ العوض بحال ؛ كنفقة الزوجات ؛ لما يأتي من المدة .

---

(١) فى الأصل : التشبيه .
(٢) فى الأصل : قيل .
(٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : المحصلة .

والثاني : ألا يمكنه دفع العوض ،ولكن يمكنه دَفْعُ ما يستوفي فيه ، مثل أن يكْتَرِيَ الرَّجُلُ الدارَ [بالنقد] (١) ، أو يكون الْعُرْفُ فِيهِ النَّقْدَ ، فيفلس المكتري قبل أن يَسْكُنَ، أو بعد ما سكَنَ بَعْضَ السُّكْنَى ، وقبل أن يدفع الكراء .

والثالث : أن يكون دَفْعُ العوض يمكنه ويلزمه ، كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دَفْعِ رَأْسِ المال .

والرابع : أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه ، مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاعُ قبل أن يدفعها إليه البائع .

والخامس : ألا يكون إليه تَعْجِيلُ دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دَنَانِيرَ في عُرُوضٍ إلى أجل ، فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يَحِلَّ أَجَلُ السَّلَمِ .

[الَّذي لا يُمْكنُهُ دَفْعُ الْعِوَضِ بحَال]

فأما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال ، فلا محاصة في ذلك إلا في مُهُورِ الزوجات إذا فَلَّسَ الزَّوْجُ قبل الدخول .

[الَّذي يُمْكنُهُ أَن يُسْتَوْفَى منه الْعِوَضُ]

أما الذي لا يمكنه دَفْعُ الْعِوَضِ ، ويمكنه دَفْعُ ما يستوفي [منه] (٢) مثل المكتري يُفْلِسُ قَبْلَ دَفْعِ الْكِرَاءِ ، فقيل : للمكري المحاصة بجميع الثمن ، وإسلام الدار للغرماء ، وقيل: ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره .

[مَا يمكنه دَفْعُ الْعِوَضِ ، ويلزمه إذا كان العوض عيْناً]

وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه : وهو إذا كان الْعِوَضُ عَيْناً ، فقيل : يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ، ويدفعه ، وقيل : هو أحق به ، وعلى هذا لا يلزمه دَفْعُ العوض .

[ما يمكنه دفع العوض ، ولا يلزمه]

وأما ما يمكنه دفع العوض ، ولا يلزمه ، فهو بالخيار بين المحاصة ، والإمساك ، وذلك هو إذا كان الْعِوَضُ عَيْناً .

---

(١) فى الأصل : بالتعدى .
(٢) فى الأصل : فيه .

[إذا لم يكن إليه تَعْجِيلُ الْعِوَضِ]

وأما إذا لم يكن إليه تَعْجِيلُ العوض ، مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع إليه رأس المال، وقبل أن يحل أجل [السلم] (١) ، فإن رضي المسلم إليه أن [يعجل] (٢) العروض ، ويُحَاصَّ الغرماءَ برأس السلم فذلك جائز إن رَضِيَ بذلك الْغُرَمَاءُ ، فإن أبي ذلك أَحَدُ الغرماءِ برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال ، وفي الْعُرُوضِ التي عليه إذا حلت ؛ لأنها من مال المفلس، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ، ويَتَحَاصوا فيها ، كان ذلك لهم .

[مَا كَانَ مِنَ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَنْ غَيْرِ عِوَضٍ]

وأما ما كان من الحقوق الواجبة من غير عوض : فإن ما كان منها غيرَ واجب بالشرع بل بالالتزام ؛ كالهبات ، والصدقات فلا محاصة فيها ، وأما ما كان منها وَاجِبًا بالشرع ؛ كنفقة الآباء ، والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما : أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم . والثاني : أنها تَجِبُ بها إذا لَزِمَتْ بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب.

[مَعْرِفَةُ وَجْهِ التَّحَاصِّ]

وأما النظرُ الْخَامِسُ ، وهو معرفة وجه التحاص : فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جِنْسِ ديون الغرماء ، وسواء كان مالُ [الغرماء] (٣) من جِنْسٍ وَاحِدٍ ، أو من أجناس مختلفة ؛ إذ كان لا يقتضي في الديون إلا ما هو من جِنْسِ الدَّيْنِ إلا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز .

[إِذَا هَلَكَ مَالُ الْمَحْجُورِ عليه بعد الْحَجْرِ قَبْلَ قَبْضِ الغرماء ، وممن تكون مُصِيبَتُهُ]

واختلفوا من هذا الباب في فرع طاريء ، وهو إذا هَلَكَ مالُ الْمَحْجُورِ عليه بعد الحجر، وقبل قبض الغرماء ، ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من الْمُفْلِسِ . وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : مَا يُحْتَاجُ إلى بَيْعِهِ فَضَمَانُهُ مِنَ الْغَرِيمِ ؛ [لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لا يُحْتَاجُ إلى بيعه فَضَمَانُهُ من الغرماء] (٤) مثل أن يكون المالُ عَيْناً ، والدَّيْنُ عَيْناً . وكلهم روى قوله عن مالك .

[مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْمَوْتِ ، وَالْفَلَسِ من هذه المسألة]

وفرَّق أصبغ بين الموت والفلس فقال : المصيبة في الموت من الغرماء ، وفي الفلس

---

(١) فى الأصل : المسلم .
(٢) فى الأصل : يتعجل .
(٣) فى الأصل : الغريم .
(٤) سقط فى الأصل .

من المفلس . فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يَفِي بِدُيُونِهِ .

[الْمُفْلِسُ الَّذِي لا مَالَ له أصلاً]

وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً ، فإن فقهاء الأمصار مُجْمِعُونَ على أن العدم له تأثير في إسْقَاطِ الدَّين إلى وقت مَيْسَرَتِه ، إلا ما حكي عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يُؤَاجِرُوهُ ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار .

[إذَا ادَّعَى الْمَدِينُ الْفَلَسَ وَلَمْ يُعْلَمْ صدْقُهُ]

وكلهم مُجْمِعُونَ على أن المدين إذا ادَّعَى الفلس ، ولم يُعْلَمْ صِدْقُهُ أنه يحبس حتى [يتبين] [(١)] صدقه ، أو يقر له بذلك صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فإذا كان ذلك خُلِّيَ سَبِيلُهُ . وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يَدُورُوا معه حَيْثُ دَارَ .

[الْقِيَاسُ الْمُرْسَلُ ، وهو الذي يَقْتَضِي مَصْلَحَةً]

وإنما صار الْكُلُّ إلى القول بالحبس في الديون ، وإن كان لم يأت في ذلك أَثَرٌ صحيح؛ لأن ذلك أَمْرٌ ضَرُورِي في اسْتِيفَاءِ الناس حُقُوقَهُمْ بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يُسَمَّى بـ« الْقِيَاسِ الْمُرْسَلِ» . وقد روي « **أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - حَبَسَ رَجُلاً فِي تُهْمَةٍ** » [(١٠٧٠)] ، خرجه - فيما أحسب - أبو داود .

---

(١) في الأصل : يعلم .

(١٠٧٠) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٦) كتاب الأقضية : باب الحبس في الدين ، حديث (٣٦٣٠) ، والترمذي (٤/ ٢٠) كتاب الديات : باب في الحبس والتهمة ، حديث (١٤١٧) ، والنسائي (٨/ ٦٧) كتاب السارق : باب امتحان السارق بالضرب والحبس ، وأحمد (٥/ ٢) ، وعبد الرزاق (٨/ ٣٠٦) رقم (١٨٨٩١) ، والحاكم (٤/ ١٠٢) كتاب الأحكام ، وابن الجارود في « المنتقى » رقم (١٠٠٣) ، والطبراني في « الكبير » (١٩/ ٤١٤) رقم (٩٩٦ ، ٩٩٧ ، ٩٩٨) ، والبيهقي (٦/ ٥٣) كتاب التفليس: باب حبس المتهم إذا اتهم ، عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ؛ « أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار ثم خلى عنه » .

قال الترمذي : حديث حسن .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي .

وفي الباب عن أبي هريرة ، وأنس بن مالك ، ونبيشة .

حديث أبي هريرة :

أخرجه البزار (٢/ ١٢٨ - كشف) رقم (١٣٦٠ ، ١٣٦١) ، والعقيلي في « الضعفاء » (١/ ٥٢) =

[الْمَحْجُورُونَ عِنْدَ مَالك]

والمحجورون عند مالك : السفهاء ، والمفلسون ، والعبيد ، والمرضى ، والزوجة فيما فوق الثلث ؛ لأنه يَرَى أَنَّ لِلزَّوْجِ حَقا في المال . وخالفه في ذلك الأَكْثَرُ . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .



= وابن عدى فى « الكامل » (١/ ٢٤٣) ، والحاكم (٤/ ١٠٢) كلهم من طريق إبراهيم بن خثيم بن عراك بن مالك عن أبيه عن جده عن أبى هريرة ؛ أن النبى ﷺ حبس رجلاً فى تهمة يوماً وليلة استظهاراً .

قال البزار : لا نعلمه بهذا اللفظ إلا عن أبى هريرة من هذا الوجه ، وإبراهيم ليس بالقوى وقد حدث عنه جماعة .

وقال العقيلى : لا يتابع إبراهيم على هذا .

وقال ابن عدى : رواه عن عراك بن مالك يحيى بن سعيد الأنصارى وغيره مرسلاً وموصولاً .

وسكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبى فقال : قلت : إبراهيم متروك .

والحديث ذكره أيضاً الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٢٠٧) وقال : رواه البزار وفيه إبراهيم بن خثيم ، وهو متروك .

حديث أنس بن مالك :

أخرجه العقيلى فى « الضعفاء » (١/ ٥٣ - ٥٤) ، وابن حبان فى « المجروحين » (١/ ١١٦) من طريق إبراهيم بن زكريا الواسطى ، قال : حدثنا أبو بكر بن عياش عن يحيى بن سعيد عن أنس ؛ أن النبى ﷺ حبس فى تهمة .

قال العقيلى : إبراهيم بن زكريا مجهول ، وحديثه خطأ .

وقال ابن حبان : ليس هذا من حديث أنس ولا من حديث يحيى بن سعيد الأنصارى ، وليس يحفظ هذا المتن إلا من رواية بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .

حديث نبيشة :

أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » كما فى « المجمع » (٤/ ٢٠٦) وقال الهيثمى : وفيه من لم أعرفه.

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الصُّلْحِ(١)

[الأصل في هذا الكتاب]

والأصل في هذا الكتاب : قوله تعالى : ﴿**وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾ [النساء : ١٢٨] ، وما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - مرفوعاً ، وموقوفاً على عمر : « **إِمْضَاءُ الصُّلْحِ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ؛ إِلا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً ، أَوْ حَرَّمَ حَلالاً** » (١٠٧١) .

---

(١) الصُّلْحُ لغةً : اسم مصدر لـ: صالحه مصالحة ، وصلاحاً بكسر الصاد .

قال الجوهرى : والاسم : الصلح ، يذكّر ويؤنث ، وقد اصطلحا وصالحا واصّالحا مشدد الصاد ، وصلح الشئ بضم اللام وفتحها .

انظر : لسان العرب : ٢٤٧٩/٤ .

واصطلاحاً .

عرفه الحنفية بأنه : عقد وضع لرفع المناصبة .

وعرفه الشافعية بأنه : عقد يحصل به قطع النزاع .

وعرفه المالكية بأنه : انتقال عن حق ،أو دعوى بعوض لرفع نزاع ، أو خوف وقوعه .

وعرفه الحنابلة بأنه : معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين .

انظر : شرح فتح القدير : ٢٣/٨ ، حاشية ابن عابدين :٤٧٢/٤ ، أسنى المطالب ٢١٤/٢ ، مغنى المحتاج ١٧٧/٢ ، شرح منح الجليل : ٢٠٠/٣ ، مواهب الجليل : ٨١/٥ ، الشرح الصغير : ٥٣٠/٤ ، كشف القناع : ٢٩/٣ ، المغنى : ٥٢٧/٤ .

والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : ﴿ والصلح خير ﴾ [النساء : ١٢٨] وخبر « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالاً » .

(١٠٧١) أخرجه أحمد (٣٦٦/٢) ، وأبو داود (١٩/٤) كتاب الأقضية : باب فى الصلح ، حديث (٣٥٩٤) ، وابن الجارود رقم (٦٣٨) ، وابن حبان (١١٩٩ - موارد) ، والدارقطنى (٢٧/٣) كتاب البيوع ، حديث (٩٦) ، والحاكم (٤٩/٢) ، والبيهقى (٦٤/٦) كتاب الصلح : باب صلح المعاوضة ، كلهم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين » .

قال الحاكم : رواة هذا الحديث كلهم مدنيون .

وقال الذهبى فى « تلخيص المستدرك » : لم يصححه ؟؟! كثيرٌ ضعفه النسائى ، وقواه غيره . =

[اتفاقُ المسلمينَ على جَوَازِ الصُّلْحِ على الإِقْرَارِ ، واختلافهم على الإنكار]

واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار : فقال مالك ، وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ،، وقال الشافعي : لا يجوز على الإنكار ؛ لأنه

= وقال فى « موضع آخر » (٤/ ١٠١) : حديث منكر .

لكن للحديث طريق آخر عن أبى هريرة :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٢٧) كتاب البيوع ، الحديث (٩٧) ، والحاكم (٢/ ٥٠) من طريق عبد الله بن الحسين المصيصى : ثنا عفان ، ثنا حماد بن زيد عن ثابت عن أبى رافع عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين » .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين وهو معروف بعبد الله بن الحسين المصيصى ،وهو ثقة .

وتعقبه الذهبى بقول ابن حبان فى عبد الله بن الحسين فقال : قال ابن حبان : يسرق الحديث .

وللحديث شاهد من حديث عمرو بن عوف المزنى :

أخرجه الترمذى (٣/ ٦٣٤) كتاب الأحكام : باب الصلح بين الناس ، حديث (١٣٥٢) ، وابن ماجه (٢/ ٢٨٨) كتاب الأحكام : باب الصلح ، حديث (٢٣٥٣) ، والدارقطنى (٣/ ٢٧) كتاب البيوع، حديث (٩٨) والحاكم (٤/ ١٠١) ، والبيهقى (٦/ ٦٥) كتاب الصلح : باب صلح المعاوضة ، كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » لفظ الترمذى .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وسكت عنه الحاكم ، وتعقبه الذهبى فقال : واهٍ .

وكثير بن عبد الله :

قال النسائى فى « الضعفاء والمتروكين » (٥٢٩) : متروك الحديث .

وذكره الدارقطنى أيضاً فى « الضعفاء والمتروكين » (٤٤٦) .

وقال الحافظ فى « التقريب » (٢/ ١٣٢) رقم (١٧) : ضعيف ، منهم من نسبه إلى الكذب .

وقد عقب الذهبى فى « الميزان » (٣/ ٤٠٦) على تصحيح الترمذى لهذا الحديث فقال : : « وأما الترمذى فروى من حديثه - أى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف - : « الصلح جائز بين المسلمين» وصححه ، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذى . أ.هـ .

وقال المباركفورى فى « تحفة الأحوذى » (٤/ ٤٨٧) : وفى تصحيح الترمذى هذا الحديث نظر ؛ فإن فى إسناده كثير بن عبد الله بن عوف ، وهو ضعيف جداً ، قال فيه الشافعى وأبو داود : هو ركن من أركان الكذب . وقال النسائى : ليس بثقة . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذى فى تصحيح حديثه قال الذهبى : أما الترمذى فروى من حديثه : «الصلح جائز بين المسلمين » وصححه ، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه . وقال ابن كثير فى «إرشاده » : قد نوقش أبو عيسى - يعنى الترمذى - فى تصحيحه هذا الحديث وما شاكله . أ.هـ .

والحديث صححه الألبانى بمجموع طرقه ، انظر الإرواء (٥/ ١٤٢ - ١٤٤) ، وقد حسن حديث أبى هريرة بمفرده .

منْ أَكْلِ الْمَالِ بالباطل من غير عوض ،، والمالكية تقول : فيه عوض ، وهو سُقُوطُ الْخُصُومَةِ، واندفاعُ اليمين عنه .

[الصَّلْحُ الَّذي يَقَعُ على الإقرار يُرَاعَى فِي صحته ما يُرَاعَى فِي البيوع]

ولا خلاف في مَذْهَبِ مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يُرَاعَى في صحته ما يُرَاعَى في البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ، ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم ، فيصالحه عليها بعد الإقرار بِدَنَانِيرَ نَسِيئَةً ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الرِّبَا ، وَالْغَرَرِ .

[مَا يُرَاعَى فِي الصُّلْحِ عَلَى الإِنْكَارِ]

وأما الصلح على الإنكار : فالمشهور فيه عند مالك وأصحابه أنه يُرَاعَى فيه من الصحة ما يُرَاعَى في البيوع ، مثل : أن يَدَّعِيَ إنسانٌ على آخر دَرَاهِمَ فينكر ، ثم يصالحه عليها بدنانير مُؤَجَّلَةٍ ، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه ،، وقال أصبغ : هو جائز ؛ لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطَّالِبِ ؛ لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حَلَّتْ لَهُ ، وأما الدافع فيقول : هِيَ هِبَةٌ مِنِّي ،، وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل : أن يدعي كُل واحد منهما على صاحبه دنانير ، أو دراهم ، فينكر كُلٌّ واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يُؤَخِّرَ كل واحد منهما صَاحِبَهُ فيما يَدَّعِيهِ قبله إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ،، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقاً ، فيكون كل واحد منهما قد أَنْظَرَ صاحبه لإِنْظَارِ الآخر إياه ، فيدخله «أسلفني ، وأسلفك » ،، وأما وجه جوازه ؛ فلأن كل واحد منهما إنما يقول : ما فعلت حراماً ، إنما هو تَبَرُّعٌ مني ، وما كان يجب عليَّ شيءٌ ،، وهذا النحو من البيوع قيل : إنه يجوز إذا وقع ،، وقال ابن الماجشون : يفسخ إذا [وقع] (١) عليه أثر عقده ، فَإِنْ طَالَ مَضَى ، فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صُلْحٌ يُفْسَخُ بِاتِّفَاقٍ ، وَصُلْحٌ يفسخ باختلاف ، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال ، وإن لم يطل فيه [اختلاف] (٢) .

تَمَّ بحمد الله

* * *

---

(١) فى الأصل : عثر .

(٢) فى الأصل : خلاف .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الْكَفَالَةِ

[مَا اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهِ مِنْ أَحْكَامِ الْكَفَالَةِ]

واختلف العلماء في أنواعها ، وفي وقتها ، وفي الحكم اللازم عنها ، وفي شروطها ، وفي صفة لزومها ، وفي محلها .

[أَسْمَاءُ الْكَفَالَةِ]

ولها أسماء : كفالة ، وحَمَالَةٌ ، وضمانة ، وزعامة .

[أَنْوَاعُ الْكَفَالَةِ]

فأما أنواعها فنوعان : حَمَالَةٌ بالنفس ، وحمالة بالمال .

[الْقَوْلُ فِي الْحَمَالَةِ بِالْمَالِ]

أما الحمالةُ بالمال : فثابتة بالسنة ، ومجمع عليها من الصدر الأول ، ومن فقهاء الأمصار ، ، وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة ، وهو شاذ ، ، والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الزَّعِيمُ غَارِمٌ** »(١٠٧٢) .

(١٠٧٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٤) كتاب البيوع والإجارات : باب فى تضمين العارية ، حديث (٣٥٦٥) ، والترمذى (٣/ ٥٦٥) كتاب البيوع : باب العارية مؤداة ، حديث (١٢٦٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤) كتاب الصدقات : باب الكفالة ، حديث (٢٤٠٥) ، وأحمد (٥/ ٢٦٧) ، والطيالسى (١١٢٦) ، وعبد الرزاق (٨/ ١٧٣) رقم (١٤٧٦٧) ، وابن أبى شيبة (٧/ ٢٠٠) ، وابن الجارود فى «المنتقى » رقم (١٠٢٣) ، والدارقطنى (٣/ ٤١) كتاب البيوع ، حديث (١٦٦) ، وأبو نعيم فى « تاريخ أصبهان » (٢/ ٢٨١) ، والبيهقى (٦/ ٨٨) كتاب العارية : باب العارية مؤداة ، والقضاعى فى « مسند الشهاب » (١/ ٦٤) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٣٦٩ - بتحقيقنا) كلهم من طريق إسماعيل ابن عياش : ثنا شرحبيل بن مسلم قال : سمعت أبا أمامة يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول فى خطبة الوداع : « العارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضى ، والزعيم غارم » .

وقال الترمذى : حديث حسن .

[الْحَمَالَةُ بِالنَّفْسِ مَنْ أَجَازَهَا ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْهَا]

وأما الحمالةُ بالنفس ، وهي التي تعرف بـ« ضَمَانِ الْوَجْهِ » : فجمهورُ فقهاءِ الأمصار على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال ،، وحكي عن الشافعي في الجديد : أنها لا تجوز ؛ وبه قال داود. وحجتهما : قوله تعالى : ﴿ **مَعَاذَ اللهِ أَن نَّأْخُذَ إِلا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ** ﴾ [يوسف : ٧٩] ؛ ولأنها كَفَالَةٌ بِنَفْسٍ ، فأشبهت الكفالة في الحدود ،، وحجة من أجازها : عموم قوله عليه - الصلاة والسلام - : « **الزَّعِيمُ غَارِمٌ** » ، وتعلقوا بأن في ذلك مَصْلَحَةً ، وأنه مروي عن الصَّدْرِ الأول .

[الْحُكْمُ اللازِمُ عَنِ الْكَفَالَةِ]

وأما الحكم اللازم عنها : فجمهورُ القائلينَ بحمالة النفس مُتَّفِقُونَ على أن المتحمل عنه إذا مات لم يَلْزَمِ الكفيلَ بالوجه شيء ،، وحكي عن بعضهم لُزُومُ ذلك ،، وفرق ابن القاسم بين أن يَمُوتَ الرَّجُلُ حاضراً ، أو غائباً ؛ فقال : إِنْ مَاتَ حَاضِراً لم يَلْزَمِ الْكَفِيلَ شَيْءٌ ، وإن مات غائباً نُظِرَ ، فإن كانت المسافةُ التي بين البلدين مسافةً يمكن الحميلُ فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وذلك نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط ، غرم ، وإلا لم يغرم .

[إِذَا غَابَ الْمُتَحَمِّلُ عنه ، ما حكم الْحَمِيلِ بالوجه ؟]

واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه ؟ على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يَلْزَمُهُ أن يحضره أو يغرم ؛ وهو قول مالك ، وأصحابه ، وأهل « المدينة ».

والقول الثاني : أنه يُحْبَسُ الحميلُ إلى أن يأتي به ، أو يعلم موته ؛وهو قول أبي حنيفة ، وأهل « العراق » .

والقول الثالث : أنه ليس عليه إلا أن يَأْتِيَ بِهِ إذا عَلِمَ موضعه ، ومعنى ذلك : ألا يكلف إحضاره إلا مع العلم بِالْقُدْرَةِ على إحضاره ، فإن ادَّعَى الطالب مَعْرِفَةَ مَوْضِعِهِ على الْحَمِيلِ ، وأنكر الحميلُ كُلِّفَ الطَّالِبُ بيانَ ذلك .

[مَتَى يُحْبَسُ الْحَمِيلُ ؟]

قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه مَعْلُومَ الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ؛ وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس ، واختاره .

وعمدة مالك : أن المتحملُ بالوجه غارم لصاحب الْحَقِّ ، فوجب عليه الغرم إذا [غاب](١) ،، وربما احتج لهم بما روي عن ابن عباس : « أَنَّ رَجُلاً سَأَلَ غَرِيمَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ مَالَهُ ، أَوْ يُعْطِيَهُ حَمِيلاً ، فَلَمْ يَقْدِرْ حَتَّى حَاكَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - ، فَتَحَمَّلَ عَنْهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ ثُمَّ أَدَّى الْمَالَ إِلَيْهِ » (١٠٧٣) ،، قالوا : فهذا غرم في الحمالة المطلقة .

وأما أَهْلُ « العراق » فقالوا : إنما يجب عليه إحضارُ ما تحمل به ، وهو النفس ، فليس يجب أن يعدي ذلكَ إلى المال إلا لو شرطه على نَفْسه ،، وقد قال - عليه الصلاة والسلام- : « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » (٢) ، فإنما عليه أن يحضره ، أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضَمِنَ المَال ، فإنما عليه أن يُحْضِرَ المال ، أو يُحْبَسَ فيه ، كذلك الأمر في ضَمَانِ الوجه .

وعمدةُ الْفَرِيق الثَّالث : أنه إنما يلزمه إحضارهُ إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يُحْبَسُ إن لم يُحْضِرْهُ ،، وأما إذا عُلِمَ أن إِحْضَارَهُ له غير ممكن ، فليس يجب عليه إِحْضَارُهُ ؛ كما أنه إذا مَاتَ ليس عليه إحضاره ،، قالوا : ومن ضَمِنَ الْوَجْهَ فأغرم المال، فهو أَحْرَى أن يكون مَغْرُوراً من أن يكون غارا .

[إذا اشْتُرِطَ الوجهُ دُونَ الْمَالِ في الْكَفَالَة]

فأما إذا اشترط الوجهُ دون المال ، وصرح بالشرط ، فقد قال مالك : إن المال لا يلزمه ،، ولا خلاف في هذا - فيما أحسب - ؛ لأنه قد يكون قد أُلْزِمَ ضِدَّ ما اشْتَرَطَ ،، فهذا هو حُكْمُ ضَمَان الْوَجْه .

[حُكْمُ ضَمَانِ الْمَالِ ، والمضمون ، وكلاهما مُوسِرٌ]

واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون ، وكلاهما مُوسِرٌ : فقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابهما ، والثوري ، والأوزاعي ، وأحمد ، وإسحاق : للطالب أن يأخذ

---

(١) في الأصل : غلب .

(١٠٧٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٢٢) كتاب البيوع : باب في استخراج المعادن ، حديث (٣٣٢٨) ، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤) كتاب الصدقات : باب الكفالة ، حديث (٢٤٠٦) ، والحاكم (٢/ ٢٩) كتاب البيوع : باب من وجدتموه معسراً فتجاوزوا عنه ، والبيهقي (٦/ ٧٤) كتاب الضمان : باب أن الضمان لا ينقل الحق ، من طريق عكرمة عن ابن عباس ؛ أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير فقال : والله لا أفارقك حتى تقضي أو تأتيني بحميل ، قال : فتحمل بها النبي ﷺ فأتاه بقدر ما وعده فقال له النبي ﷺ : « من أين أصبت هذا الذهب ؟ قال : من معدن . قال : لا حاجة لنا فيها ، ليس فيها خير » فقضاها عنه رسول الله ﷺ .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي .

(٢) تقدم .

[مَنْ شَاءَ من] [(١)] الْكَفِيلِ ، أو المكفول ،، وقال مالك في أحد قوليه : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْكَفِيلَ مع وجود المتكفل عنه ،، وله قول آخر مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ ،، وقال أبو ثور : الْحَمَالَةُوَالْكَفَالَةُ وَاحِدَةٌ ، ومن ضمن عن رجل مالاً [لزمه ، وبريء] [(٢)] المضمون، ولا يجوزُ أن يكونَ مَالٌ واحد على اثنين ؛ وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة .

[مَنْ رَأَى مُطَالَبَةَ الضَّامِنِ ، وإن كان المضمونُ حَاضِراً غَنياً]

ومن الحجة لمن رأى أن الطالب يجوزُ له مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ ، كان المضمون عنه غائبا ، أو حاضراً ، غنياً أو عديماً - : حديث قَبِيصَةَ بْنِ الْمُخَارِق ؛ قال : « **تَحمَّلْتُ حَمَالَةً ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَسَأَلْتُه عنهَا ، فقَالَ : « نُخْرِجُهَا عَنْكَ منْ [إبلِ]** [(٣)] **الصَّدَقَة ،، يَا قَبِيصَةُ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلا في ثَلاث ،، وَذَكَرَ رَجُلاً تَحمَّلَ حَمَالَةَ رَجُلٍ حَتَّى يُؤَدِّيهَا** » [(١٠٧٤)] ،، **ووجه الدليل من هذا** : أن النَّبي ﷺ أباح المسألة للمتحمل دونَ اعتبار حال المتحمل عنه .

[« محلُ الْكَفَالَةِ هِيَ الأَمْوَالُ »]

وأما محل الكفالة : فهي الأموال عند جمهور أهل العلم ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الزَّعِيمُ غَارِمٌ** » [(٤)] ، أعني : كَفَالَةَ الْمَالِ ، وكفالة الوجه ،، وسواء تَعَلَّقَت الأَمْوَالَ من قِبَلِ أموال ، أو من قِبَلِ حُدُود ؛ مثل : المال الواجب ، وهؤلاء في قتل الخطأ ، أو الصلح في قتل العمد ، أو السرقة التي ليس يتعلق بها قَطْعٌ ، وهي ما دون النصاب ، أو من غير ذلك .

[مَنْ أَجَازَ الْكَفَالَةَ فِي الْحُدُودِ ، وَالْقِصَاصِ]

وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في [الحدود ، والقصاص ، أو] [(٥)] في القصاص دون الحدود ؛ وهو قول عثمان البتي ، أعني : كفالة النفس .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : يلزمه ويومئ . (٣) فى الأصل : أقبل .

(١٠٧٤) أخرجه مسلم (٢/ ٧٢٢) كتاب الزكاة : باب من تحل له المسألة ، حديث (١٠٩/ ١٠٤٤)، وأبو داود (٢/ ٢٩٠) كتاب الزكاة : باب ما تجوز فيه المسألة ، حديث (١٦٤٠) ، والنسائى (٥/ ٨٩) كتاب الزكاة : باب الصدقة لمن تحمل بحمالة ، وأحمد (٥/ ٦٠) ، والدارمى (١/ ٣٩٦) كتاب الزكاة : باب من تحل له الصدقة ، والطيالسى (١/ ١٧٦ - منحة) رقم (٨٣٤) ، وابن أبى شيبة (٤/ ٥٨) ، والحميدى (٢/ ٣٥٩) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٢/ ١٧ - ١٨) ، وفى « المشكل » (١/ ٢٠٦) ، والدارقطنى (٢/ ١٢٠) كتاب الزكاة : باب من يجوز له أخذ الصدقة ، حديث (٢) ، والبيهقى (٦/ ٧٣) كتاب الضمان : باب وجوب الحق بالضمان ، كلهم من طريق هارون بن رئاب عن كنانة بن نعيم عن قبيصة بن مخارق به .

(٤) تقدم . (٥) سقط فى الأصل .

[وَقْتُ وُجُوبِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ]

أما وقت وجوب الكفالة بالمال ، أعني : [مطالبته] [١] بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ على المكفول ، إما بإقرار ، وإما ببَيِّنَة .

[وَقْتُ وُجُوبِ الْكَفَالَةِ بِالْوَجْهِ]

وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه : فاختلفوا هل تلزم قبل إِثْبَاتِ الْحَقِّ أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ؛ وهو قول شريح القاضي ، والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك ،، وقال قوم : بل يَجِبُ أَخْذُ الْكَفِيلِ بالوجه على إِثْبَاتِ الْحَقِّ ،، وهؤلاء اختلفوا [متى] [٢] يلزم ذلك ، وإلى كَمْ من المدة يلزم ؟ فقال قوم : إن أتى [بشبهة] قَوِيَّة ؛ مثل شاهد واحد ؟ لزمه أن يعطي ضامناً بوجهه حتي يَلُوحَ حَقُّهُ ، وإلا لم يلزمه [الكفيل] [٣] إلا أن يذكر بَيِّنَةً حاضرة في المصر، فيعطيه حَميلاً من الخمسة الأيام إلى الجمعة ؛ وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك .

وقال أهل « العراق » : لا يؤخذ عليهم حَميلٌ قَبْلَ ثُبُوتِ الحق ، إلا أن يَدَّعِي بَيِّنَةً حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الأيام ، [يقولون][٤] : إنه إن أتى بشبهة ، لزمه أن يُعْطِيَهُ حميلاً حتى يُثْبِتَ دَعْوَاهُ أو تبطل ،، وقد أنكروا الفرق في ذلك ، والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ؛ وذلك إلى بيان صِدْقِ دَعْوَاهُ وإبطالها .

وسببُ هذا الاختلاف : تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ؛ فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى ، لم يؤمن أن يغيب بوجهه ، [فيعنت] [٥] طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يُؤْمَنْ أن تَكُونَ الدَّعْوَى باطلة ، فيعنت المطلوب ؛ ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة .

وروي عن عراك بن مالك قال : **« أَقْبَلَ نَفَرٌ مِنَ الأَعْرَابِ مَعَهُمْ ظَهْرٌ ، فَصَحِبَهُمْ رَجُلان فَبَاتَا مَعَهُمْ ، فَأَصْبَحَ الْقَوْمُ وَقَدْ فَقَدُوا كَذَا [وَكَذَا] مِنْ إِبِلِهِمْ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ : « اذْهَبْ وَاطْلُبْ » ، وَحَبَسَ الآخَرَ ، فَجَاءَ بِمَا ذَهَبَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ : « اسْتَغْفِرْ لِي » ، فَقَالَ : غَفَرَ اللهُ لَكَ ، قَالَ : « وَأَنْتَ فَغَفَرَ اللهُ لَكَ ، وَقَتَلَكَ فِي سَبِيلِهِ»** [٦] . خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه ،، قال : وحمله بعض العلماء على أن

---

(١) فى الأصل : مطالبة . (٢) فى الأصل : هل . (٣) فى الأصل : التكفيل .

(٤) فى الأصل : ولم يقولوا . (٥) فى الأصل : فيغيب . (٦) تقدم .

ذلك كان [١] من رسول الله حبساً ،، قال : ولا يعجبني ذلك ؛ لأنه لا يَجِبُ الْحَبْسُ بِمُجَرَّدِ الدعوى ، وإنما هو عندي من باب الْكَفَالَةِ بالحق الذي لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم .

[أَصْنَافُ الْمَضْمُونِينَ ، وَاخْتِلافُهُمْ فِي ضَمَانِ الْمَيِّتِ]

فأما أصناف المضمونين : فليس يلحق من قِبَلِ ذلك اختلافٌ مشهورٌ ؛ لاختلافهم في ضَمَانِ الْمَيِّتِ إذا كان عليه دين ، ولم يترك وَفَاءً بِدَيْنِه : فأجازه مالك ، والشافعي ،، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ،، واستدل أَبُو حَنِيفَةَ من قبل أن الضمان [لا يتعلق بِمَعْدُومٍ قطعاً ، وليس كذلك المفلس ،، واستدل من رأى أن الضَّمَانَ] [٢] يلزمه بما روي ؛ أن النبي - عليه الصلاة والسلام - كان في صَدْرِ الإِسْلامِ لا يصلي على من مات ، وعليه دين حتى يضمن عنه [١٠٧٥] .

---

(١) فى الأصل : شأن . (٢) سقط فى الأصل .

(١٠٧٥) أخرجه البخارى (٤/ ٤٧٧) كتاب الكفالة : باب الدين ، حديث (٢٢٩٨) ، ومسلم (٣/ ١٢٣٧) كتاب الفرائض : باب من ترك مالاً فلورثته ، حديث (١٤/ ١٦١٩) ، والترمذى (٣/ ٣٨٢) كتاب الجنائز : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، حديث (١٠٧٠) ، والنسائى (٤/ ٦٦) كتاب الجنائز : باب الصلاة على من عليه دين ، وابن ماجه (٢/ ٨٠٧) كتاب الصدقات : باب من ترك دينا أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله ، حديث (٢٤١٥) من طريق الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال : كان رسول الله ﷺ يؤتى بالرجل المتوفى عليه دين فيسأل عل ترك لدينه فضلاً ، فإن حدث أنه ترك لدينه وجاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : « صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله عليه الفتوح قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفى من المؤمنين فترك دينا فعليَّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته » .

قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٣٧) كتاب الفرائض : باب من ترك مالاً فلورثته حديث (١٥/ ١٦١٩) ، وأحمد (٢/ ٤٦٤) ، والدارمى (٢/ ٢٦٣) كتاب البيوع : باب الرخصة فى الصلاة عليه ، من طريق أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة .

وأخرجه مسلم (١٥/ ١٦١٩) ، وعبد الرزاق (٨/ ٢٩١) رقم (١٥٢٦١) ، وأحمد (٢/ ٣١٨) من طريق معمر عن همام بن المنبه عن أبى هريرة .

وأخرجه البخارى (٤٧٨١) من طريق عبد الرحمن بن أبى عمرة عن أبى هريرة .

وأخرجه (٦٧٤٥) من طريق أبى صالح عن أبى هريرة .

وأخرجه (٢٣٩٨ ، ٦٧٦٣) من طريق أبى حازم عن أبى هريرة .

ومن طريق أبى حازم أخرجه مسلم أيضاً (١٧/ ١٦١٩) .

[كَفَالَةُ الْمَحْبُوسِ ، وَالْغَائِبِ]

والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح عند أبي حنيفة .

[شُرُوطُ الْكَفَالَةِ فِي وُجُوبِ رُجُوعِ الضَّامِنِ عَلَى الْمَضْمُونِ]

وأما شروط الكفالة : فإن أبا حنيفة ، والشافعي يشترطان في وجوب رُجُوعِ الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ،، ومالك لا يشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعي كَفَالَةُ المجهول ، ولا الحق الذي لم يجب بعد ،، وكل ذلك لازِمٌ ، وجائز عند مالك ، وأصحابه .

[مَا تَجُوزُ فِيهِ الْحَمَالَةُ بِالْمَالِ مِمَّا لا تَجُوزُ]

وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز : فإنها تَجُوزُ عند مَالِكٍ بكل مال ثابت في الذِّمَّةِ إلا الكتابة ، وما لا يجوز فيه التأخيرُ ، وما يستحق شيئاً فشيئاً ؛ مثل : النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

تَمَّ بحمد الله

* * *

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الْحَوَالَةِ (١)

والحوالَةُ معاملةٌ صحيحةٌ مستثناةٌ من الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « **مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَسْتَحِلْ** (٢) » (١٠٧٦) ، والنظر في

---

(١) الحوالة لغة : هي من قولك : تحوَّل فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا ، فكذلك الحق تحوَّل مالٌ من ذمة إلى ذمة .

وقال صاحب « المستوعب » : الحوالة مشتقة من التحول ؛ لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ويقال : حال على الرجل وأحال عليه بمعنى ، نقلهما ابن القطاع .

انظر : لسان العرب : ١٠٥٨/٢ .

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : نقل الدين ، وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وعرفها الشافعية بأنها : نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وعرفها المالكية بأنها : نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى .

عرفها الحنابلة بأنها : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

انظر : الاختيار لتعليل المختار ٢٥١/٢ ، حاشية الباجوري ١٦٧/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٢٥/٣ ، الكافي ٢١٨/٢ ، مغني المحتاج ١٩٣/٢ .

والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين : « مطل الغنى ظلم ، فإذا اتُبع أحدكم على ملئ فليتبع» بإسكان التاء فى الموضعين ، أى : فليحتل . كما رواه هكذا البيهقى .

ويسن قبولها على ملئ لهذا الحديث ، وصرفه عن الوجوبِ القياسُ على سائر المعاوضات ، ويعتبر فى الاستحباب كما بحثه الأذرعى – أن يكون المليئ وفيا ، ولا شبهة فى ماله .

والأصح أنها بيع دين بدين ، جوز للحاجة ، ولهذا لم يعتبر التقابض فى المجلس وإن كان الدينان ربويين .

(٢) فى الأصل : فليستحيل .

(١٠٧٦) أخرجه مالك (٦٧٤/٢) كتاب البيوع : باب جامع الدين والحول ، حديث (٨٤) ، والبخارى (٤٦٤/٤) كتاب الحوالة : باب هل يرجع فى الحوالة ، حديث (٢٢٨٧) ، ومسلم (١١٩٧/٣) كتاب المساقاة : باب تحريم مطل الغنى ، حديث (٣٣/ ١٥٦٤) ، وأبو داود (٣/ ٦٤٠) كتاب البيوع : باب فى المطل ، حديث (٣٣٤٥) ، والنسائى (٣١٧/٧) كتاب البيوع : باب الحوالة ، والترمذى (٣/ ٦٠٠) كتاب البيوع : باب مطل الغنى ظلم ، حديث (١٣٠٨) ، وابن ماجه (٨٠٣/٢) كتاب الصدقات : باب الحوالة ، حديث (٢٤٠٣) ، والشافعى فى « الأم » (٢٣٣/٣) كتاب الحوالة ، وأحمد =

شروطها ، وفي حكمها ،، فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال ، والمحال عليه.

[رِضَا مَنْ يُعْتَبَرُ فِي الْحَوَالَة]

فمن الناس من اعتبر رضا الْمُحَالِ ، ولم يعتبر رضا الْمُحَال عَلَيْه ، وهو مالك ،، ومن الناس من اعتبر رِضَاهُمَا معاً ،، ومن الناس من لم يَعْتَبِرْ رِضَا المحالِ ، واعتبر رضا

= (٢/ ٢٤٥) ، والدارمى (٢/ ٢٦١) كتاب البيوع : باب فى مطل الغنى ظلم ، والحميدى (٢/ ٤٤٧) رقم (١٠٣٢) ، وأبو يعلى (١١/ ١٧٢ - ١٧٣) رقم (٦٢٨٣) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (٤/ ٨) ، والبيهقى (٦/ ٧٠) كتاب الحوالة : باب من أحيل على ملئ فليتبع ، كلهم من طريق أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مطل الغنى ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على ملئ فلتبع » .

وأخرجه البخارى (٥/ ٧٥) كتاب الاستقراض : باب مطل الغنى ظلم ، حديث (٢٤٠٠) ، ومسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة : باب تحريم مطل الغنى ، وأحمد (٢/ ٣١٥) ، وعبد الرزاق (٨/ ٣١٦) رقم (١٥٣٥٥) ، والبيهقى (٦/ ٧٠) كتاب الحوالة : باب من أحيل على ملئ فليتبع ، كلهم من طريق معمر عن همام بن منبه عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مطل الغنى ظلم » .

لفظ البخارى هكذا مختصراً .

وأخرجه الطبرانى فى « الصغير » (١/ ٢٣١) من طريق أبى قرة موسى بن طارق عن ابن جريج عن صالح مولى التوأمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مطل الغنى ظلم » .

وقال الطبرانى : لم يروه عن صالح إلا ابن جريج ، تفرد به أبو قرة .

قال السهمى فى « سؤالاته للدارقطنى » (٤٠٢) : سألت أبا الحسن الدارقطنى ، قلت : أبو قرة موسى بن طارق لا يقول أخبرنا أبداً ، يقول : ذكر فلان . أيش العلة فيه ؟ فقال : هو سماع له كله، وقد كان أصاب كتبه آفة فتورع فيه ، فكان يقول : ذكر فلان أ.هـ .

وأخرجه الخطيب فى « تاريخ بغداد » (٦/ ٢٩٤) من طريق على بن مسهر عن عاصم الأحول عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مطل الغنى ظلم » .

وفى الباب عن ابن عمر :

أخرجه الترمذى (٣/ ٦٠٠ - ٦٠١) كتاب البيوع : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، حديث (١٣٠٩) ، وابن ماجه (٢/ ٨٠٣) كتاب الصدقات : باب الحوالة ، حديث (٢٤٠٤) ، وأحمد (٢/ ٧١) من طريق هشيم : ثنا يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : «مطل الغنى ظلم، وإذا أحلت على ملئ فاتبعه ، ولا تبع بيعتين فى واحدة » .

والحديث ذكره الحافظ البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٢٤٢) مع أنه ليس على شرطه ؛ فقد أخرجه الترمذى أيضاً ولم ينفرد به ابن ماجه .

فقال : هذا إسناد رجاله ثقات غير أنه منقطع ، قال أحمد بن حنبل : لم يسمع يونس بن عبيد من نافع شيئا ، إنما سمع من ابن نافع عن أبيه . وقال ابن معين وأبو حاتم : لم يسمع من نافع شيئاً .

المحال عليه، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ،، فمن رأى أنها مُعَامَلَةٌ ، اعتبر رضا الصنفين ،، ومن أنزل المحالَ عَلَيْهِ مِن الْمُحَالِ مَنْزِلَتَهُ من المحيل ، لم يعتبر رِضَاهُ مَعَهُ ؛ كما لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ، ولم يحل عليه أحد .

وأما داود فحجته: ظاهر قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ ، فَلْيُتْبِعْ** » [١] ،، والأمر على الوجوب ، وبقي المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراطُ اعتبار رضاه .

[كَوْنُ مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُجَانساً لما على الْمُحِيلِ]

ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة : كَوْنُ ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قَدْراً ، ووصفاً ، إلا أن منهم من أجازها في الذَّهَبِ والدَّرَاهِمِ فقط ، ومنعها في الطعام .

[مَنْ مَنَعَ الْحَوَالَةَ فِي الطَّعَامِ]

والذين منعوها في ذلك : رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفي ؛ لأنه باع الطعامَ الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه ؛ وذلك قبل أن يَسْتَوْفِيَهُ من غريمه،، وأجاز ذلك مالك إذا كان الطَّعَامَانِ كلاهما من قرض إذا كان دَيْن الْمُحَالِ حَالا،، وأما إن كان أحدهما من سلم ، فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدَّيْنَانِ حَالَّيْنِ ،، وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدَّيْنُ المحالُ به حَالا ،، ولم يفرق بين ذلك الشافعي ؛ لأنه كالبيع في ضَمَانِ الْمُسْتَقْرِضِ ،، وإنما رَخَّصَ مالك في القرض ؛ لأنه يجوز عنده بيعُ القرض قبل أن يُسْتَوْفَى ،، وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام ، وشبهها بالدراهم ، وجعلها خارجة عن الأصول ؛ كخروج الحوالة بالدراهم ،، والمسألة مبنية على أن ما شَذَّ عَنِ الأصولِ هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسألة مشهورة في أصول الفقه.

[شُرُوطٌ ثَلاثَةٌ لِلْحَوَالَة عِنْدَ مَالك]

وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط : أحدها: أَنَ يَكون دَيْنُ الْمُحَالِ حَالا ؛ لأنه إن لم يكن حالا كان دَيْناً بِدَيْنٍ .

والثاني : أن يكون الدَّيْنُ الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر ، والصفة؛

---

(١) تقدم .

لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بَيْعاً ، ولم يكن حَوَالَةً ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خَرَجَ إلى بَابِ الْبَيْعِ دخله الدَّيْنُ بالدَّيْنِ .

والشرط الثالث : ألا يكونَ الدَّيْن [١] طعاماً من سلم ، أو أحدهما ، ولم يَحِلَّ الدَّيْنُ المستحالُ به على مذهب ابن القاسم ،، وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم ، فلا تجوز الْحَوَالَةُ بأحدهما على الآخر ؛ حَلَّتِ الآجَالُ ، أو لم تَحِلَّ ، أو حَلَّ أَحَدُهُمَا ، ولم يحل الآخر ؛ لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى - كما قلنا - ، لكن أشهب يقول: إذا استوت رءوس أموالهما ، جازت الْحَوَالَةُ ، وكانت تَوْلِيَةً .

وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ، ويتنزل المحال في الدَّيْنِ الذي أُحِيلَ عليه مَنْزِلَةَ من أحاله ، ومنزلته في الدَّيْنِ الذي أحاله عليه ؛ وذلك فيما يريد أن يَأْخُذَ بدله منه ، أو يبيعه له من غيره ، أعني : أنه لا يَجُوزُ له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله ، وما يجوز للذي أَحَالَ مع الذي أَحَالَهُ عَلَيْهِ ، ومثل ذلك إن احتال بطعام كان له من قَرْضٍ في طعام من سلم ، أو بطعام من سلم في طعام من قرض ، لم يجز له أن يَبِيعَهُ من غيره قبل قبضه منه ؛ لأنه إن كان احتال بِطَعَامٍ كان من قرض في طعام من سلم ، نزل منزلة المحيل في أنه لا يَجُوزُ له بيع ما على غَرِيمِهِ قبل أن يَسْتَوْفِيَهُ ؛ لكونه طعاماً من بَيْعٍ ، وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض ، نزل من الْمُحْتَالِ عليه مَنْزِلَتَهُ مع من أَحَالَهُ ، أعني : أنه كما أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه ، وإن كان مِنْ قَرْضٍ ،، وهذا كله مذهب مالك في المحيل ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة .

[أَحْكَامُ الْحَوَالَةِ]

وأما أحكامها : فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضِدُّ الْحَمَالَةِ ، في أنه إذا أَفْلَسَ الْمُحَالُ عليه لم يَرْجِعْ صَاحِبُ الدَّيْنِ على المحيل بشيء ،، قال مالك ، وأصحابه : إلا أن يكونَ المحيلُ غَرَّهُ ، فأحاله على عَدِيمٍ ،، وقال أبو حنيفة : يرجع صَاحِبُ الدَّيْنِ على المحيل إذا مات المحال [٢] عليه مُفْلِسًا ، أو جحد الْحَوَالَةَ ، وإن لم تكن له بَيِّنَةٌ ؛ وبه قال شريح ، وعثمان البتي ، وجماعة ،، وسبب اختلافهم : مُشَابَهَةُ الْحَوَالَةِ لِلْحَمَالة .

* * *

(١) فى الأصل : الدينان .　　(٢) فى الأصل : المحيل .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله عليه سيدنا محمد، وآله، وصحبه، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الْوَكَالَةِ (١)

وفيها ثلاثة أبواب : **الباب الأول** : في أَرْكَانِهَا ؛ وهي النظر فيما فيه التوكيل، وفي الموكل، ، **والثاني** : في أَحْكَامِ الْوَكَالَةِ ، ، **والثالث** : في مُخَالَفَةِ الْمُوكِلِ لِلْوَكِيلِ .

---

(١) الوكالة ، بفتح الواو وكسرها : التفويض ، يقال : وكله ، أى : فوض إليه ، ووكلت أمرى إلى فلان ، أى : فوضت إليه ، واكتفيت به . وتقع الوكالة أيضاً على الحفظ ، وهو اسم مصدر بمعنى التوكيل .

ومنه الوكيل فى أسمائه - تعالى - بمعنى : الحافظ ، ولهذا قالوا : إذا قال : وكلتك بمالى ، أنه يملك الحفظ ، فيكون فعيلاً بمعنى فاعل .

وقيل : التركيب يدل على معنى الاعتماد والتفويض ، ومنه التوكيل يقال : على الله توكلنا أى : فوضنا أمورنا إليه . فالتوكيل تفويض التصرف إلى الغير .

وسمى الوكيل وكيلا ؛ لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره ، أى : فوضه إليه اعتماداً عليه .

والوكيل : القائم بما فوّض إليه ، فيكون فعيلا بمعنى مفعول ؛ لأنه موكول إليه الأمر .

انظر : المصباح المنير : ٢/ ٦٧٠ ، الصحاح : ٥/ ١٨٤٥ ، المغرب : ٢/ ٣٦٨ ، المطلع : ٢٥٨ ، تهذيب الأسماء واللغات : ٢/ ١٩٥ .

واصطلاحا :

عرفها الحنفية بأنها : تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

وعرفها الشافعية بأنها : تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فى حياته .

وعرفها المالكية بأنها : نيابة فى حق غير مشروطة بموته ، ولا إمارة .

وعرفها الحنابلة بأنها : استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة .

انظر : بدائع الصنائع : ٧/ ٣٤٤٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٥٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٠٩ ، مغنى المحتاج : ٢/ ٢١٧ ، الشرح الصغير للدردير : ٣/ ٢٢٩ ، شرح منتهى الإرادات : ٢/ ٢٩٩ - ٣٠٠ .

والوكالة مشروعة بالكتاب لما قال تعالى : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ أخبر الله - تعالى - عن أهل الكهف : وكلوا واحداً منهم بشراء طعام ، وما قص الله - تعالى - عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شريعة لنا ، ما لم يظهر ناسخه .

والسنة وهى : « فقد وكل رسول الله ﷺ حكيم بن حزام بشراء أضحية » .

وإجماع الأمة ، وهى المعقول ، فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر ، وقد يعجز عن التصرف فى ماله لقلة هدايته ، أو لكثرة ماله ، أو لكثرة أشغاله ، فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة .

وفى « الإشراف » : اتفقوا على أن الوكالة من العقود الجائزة ، وأن كل ما جازت فيه النيابة من =

الْبَابُ الأَوَّلُ :
« فِي أَرْكَانِهَا، وَهِيَ النَّظَرُ فِيمَا فيه التَّوْكِيلُ ، وَفِي الْمُوكِلِ ، وَفِي الْمُوكَلِ

[مَا اتَّفَقُوا عليه من شُرُوطِ الْمُوكِلِ]

الركن الأول : في الموكِل : واتفقوا على وكَالَةِ الْغَائِبِ ، والمريض ، والمرأة المالكين لأمر أنفسهم .

[اخْتِلافُهُمْ فِي وكَالَةِ الْحَاضِرِ الذَّكَرِ الصَّحِيحِ]

واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح : فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ، ولا المرأة ، إلا أن تكون بَرْزَة ،، فمن رأى أن الأَصْلَ لا ينوب فِعْلُ الغير عن فِعْلِ الغير إلا ما دعت إليه الضرورة ، وانعقد الإجماع عليه - قال : لا تجوز نيابةُ من اخْتُلفَ في نِيَابَتِه ،، ومن رأي أن الأصل هو الجواز ، قال : الوكالة في كُلِّ شَيْءٍ جَائِزَةٌ ، إلا فيما أجمع [1] على أنه لا تصح فيه من العبادات ، ومَا جرَى مُجْرَاهَا .

[شُرُوطُ الْوَكِيلِ]

الركن الثاني : في الوكيل : وشروط الوكيل : ألا يكون ممنوعاً بالشرع في تصرفه في الشيء الذي وُكِّلَ فيه ، فلا يصح توكيلُ الصبي ، ولا المجنون ، ولا المرأة عند مالك ، والشافعي على عَقْدِ النِّكَاحِ ،، وأما عند الشافعي فلا بمباشرة ، ولا بواسطة ، أي : بأن توكِلَ هي من يلي عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بالواسطة الذَّكَر .

= الحقوق ، جازت فيه الوكالة ، كالبيع والشراء ، واقتضاء الديون ، والخصومة فى المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ، وغير ذلك .

(١) فى الأصل : اجتمع .

[شَرْطُ مَحلِّ التَّوْكيلِ أَنْ يَكُونَ قَابلاً للنِّيَابَة]

الركن الثالث : فيما فيه التوكيل: وشرط محل التوكيل أن يكُونَ قَابِلاً للنيابة ؛ مثل : البيع، والحوالة ، والضمان ، وسائر العقود ، والفسوخ ، والشركة ، والوكالة ، والمصارفة ، والمجاعلة ، والمساقاة ، والطلاق ، والنكاح ، والخلع ، والصلح .

[مَا لا يَصِحّ فِيهِ التَّوْكيلُ]

ولا تجوز في العبادات البدنية ، وتجوز في المالية ؛ كالصدقة ، والزكاة ، والحج .

[جوَازُ الْوكَالَة فِي الْخُصُومَة عَلَى الإِقْرَارِ ، وَالإِنْكَارِ]

وتجوز عند مالك في الخصومة على الإقرار ، والإنكار ،، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تجوز على الإقرار ،، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان .

[الْوكَالَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْعُقُوبَات]

وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك ، وعند الشافعي مع الحضور قولان .

[اخْتِلافُ مَنْ جوَّزَ الْوكَالَةَ عَلَى الإِقْرَارِ]

والذين قالوا : إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة : هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن ،، وقال أبو حنيفة : يتضمن .

[الْوكَالَةُ ، وبما تلزم ، وهي عَقْدٌ جَائِزٌ]

الركن الرابع : وأما الوكالة : فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة ، بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد .

[الْوكَالَةُ خَاصَّةٌ ، وَعَامَّةٌ]

وهي ضَرْبَانِ عند مالك : عامة ، وخاصة : فالعامة هي التي تقع عِنْدَهُ بِالتَّوْكِيلِ الْعَامِّ الذي لا يُسَمَّى فِيهِ شَيْءٌ دُونَ شَيْءٍ ؛ وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم ، والتفويض ،، وقال الشافعي : لا تجوز الْوَكَالَةُ بالتعميم ، وهي غَرَرٌ ، وإنما يجوز منها ما سُمِّيَ ، وَحُدِّدَ ، وَنُصَّ عليه ، وهو الأَقْيَسُ ؛ إذ كان الأَصْلُ فِيهَا الْمَنْعَ ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

* * *

الْبَابُ الثَّاني :
فِي الأَحْكَامِ

وأما الأحكامُ فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعْلِ الوكيل .

[أَحْكَامُ الْعَقْد ، ومتى يَصحُّ للْوَكيلِ ترْكُ الْوَكَالَة]

فأما أحكام العقد : فهو - كما قلنا - عَقْدٌ غَيْرُ لازمٍ ، للوكيل أنَ يَدَعَ الوكالة متى شاء عند الجميع ،، لكن أَبَا حنيفة يَشْتَرطَ في ذلك حُضُورَ الموكلِ .

[مَتَى يَجُوزُ للْمُوكلِ عزْلُ الْوَكيل ؟]

وللموكِل أن يعزله متى شاء : قَالوا : إلا أن تكونَ وكَالَةً في خصومة ،، وقال أصبغ: له ذلك ما لم يشرف [١] على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يَعْزِلَ نَفْسَهُ في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكلُ .

[مَا لا يلْزَمُ هذَا الْعقْدَ منَ الشُّرُوط ؟]

وليس من شروط انعقاد هذا العقد حُضُورُ الخَصم عند مالك والشافعي ،، وقال أبو حنيفة : ذلك من شروطه ، وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حُضُورُهُ عند مالك،، وقال الشافعي : منْ شَرْطه .

[هل تَنْفَسِخُ الْوَكَالَةُ بموْتِ الْمُوكِلِ ؟]

واختلف أصحاب مالك : هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين :

[مَتَى يكُونُ الْوكيلُ معْزُولاً ؟]

فإذا قلنا : تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل ، فمتى يكون الوكيل معزولاً ، والوكالَةُ مُنْفَسخَةٌ في حَقّ من عامله ؟ في [٢] المذهب فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أَنَّهَا تَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الجميع بِالْمَوْت ، وَالْعَزْلِ .

وَالثَّاني : أنها تنفسخ في حَقِّ كُلِّ واحد منهم بالعلم ، فمن علِمَ انْفَسَخَتْ في حقه ، وَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ لَمْ تَنْفَسِخْ فِي حقِّهِ .

---

(١) فى الأصل : يستوف .   (٢) فى الأصل : ففى .

والثالث : أنها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل ، وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ في حق الوكيل بِعِلْمِ الذي عامله إذا لم يَعْلَمِ الوكيلُ ، ولكن من دفع إليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه ؛ لأنه دفع إلى من يعلم بأنه لَيْسَ بِوَكِيل .

[أَحْكَامُ الْوَكِيلِ]

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة :

[إِذَا وُكِّلَ عَلَى بَيْعِ شَيْءٍ هل له أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسه ؟]

أحدها : إذا وُكِّلَ على بيع شيء ,هل يجوز له أن يَشْتَرِيَهُ لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز،، و قد قيل عنه : لا يجوز ،، وقال الشافعي : لا يجوز له ،، وكذلك عند مالك الأب ، والوصي .

[إِذَا وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ وَكَالَةً مُطْلَقَةً ، وكيف يبيع ؟]

ومنها : إذا وكله في البيع وكالة مطلقة : لم يَجُزْ له عند مالك أن يبيع إلا بِثَمَن مثله نَقْداً بِنَقْدِ البلد ، ولا يجوز إن باع نَسِيئَةً ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثَمَنِ الْمِثْلِ ، وكذلك الأمرُ عنده في الشراء ،، وَفَرَّقَ أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين : فقال : يجوزُ في البيع أن يبيع بِغَيْرِ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، وأن يبيع نَسِيئَةً ، ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقداً .

ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فَرَّقَ بين الْوَكَالَةِ على البيع ، والشراء المطلقة ، وبين الوكالة على شراء شيء بعينه ؛ لأن من حجته : أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ، وَنَسَاءً لمصلحة يراها في ذلك كله ، كذلك حُكْمُ الوكيل ؛ إذ قد أنزله منزلته ،، وقول الجمهور أَبْيَنُ .

[مَا يَعْتَدِي فِيهِ الْوَكِيلُ ، وَمَتَى يَضْمَنُ ؟]

وكل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن ما تعدى فيه عند من يرى أنه تَعَدَّى .

[إِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ شَيْئاً]

واعلم أن الشراءَ للموكل ، فَالْمِلْكُ ينتقل إلى الموكل،، وقال أبو حنيفة : إلى الوكيل أولاً ، ثم إلى الْمُوكِلِ ،، وإذا دَفَعَ الوكيلُ ديناً عن الموكل ولم يُشهد ، فأنكر الذي له الدَّيْنُ الْقَبْضَ ، ضَمِنَ الْوَكِيلُ .

❊ ❊ ❊

الْبَابُ الثَّالِثُ
« فِي مُخَالَفَةِ الْمُوكِلِ لِلْوَكِيلِ »

وأما اخْتِلافُ الْوَكِيلِ مَعَ الْمُوكِلِ : فقد يكون في ضَيَاعِ المال الذي استقر عند الوكيل، وقد يكون في دَفْعِهِ إلى الموكل ، وقد يكون في مِقْدَارِ الثمن الذي باع به ، أو اشترى إذا أمره بِثَمَنٍ مَحْدُودٍ ، وَقَدْ يَكُونُ في المثمون ، وقد يكون في تَعْيِينِ مَنْ أَمَرَهُ بِالدَّفْعِ إليه ، وقد يكون في دَعْوَى التعدي .

[إِذَا اخْتَلَفَا فِي ضَيَاعِ الْمَالِ]

فإذا اختلفا في ضياع المال ؛ فقال الوكيل : ضاع مني ، وقال الموكل : لم يضع - فالقولُ قولُ الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة ،، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غَرِيمِ الموكل ، ولم يشهد الغريم على الدفع ، لم يُبَرَّأْ الْغَرِيمُ بإقرار الوكيل عند مالك ، وغرم ثانية ،، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه ببينة ، بَرِيءَ، ولم يلزم الوكيل شيء .

[إِذَا اخْتَلَفَا فِي الدَّفْعِ]

وأما إذا اختلفا في الدفع ، فقال الوكيل : دفعته إليك ، وقال الموكل : لا - فقيل : القولُ قولُ الْوَكِيلِ ،، وقيل : القول قول الموكل ،، وقيل : إن تباعد ذلك ، فالقول قول الوكيل .

[اخْتِلافُهُمَا فِي مِقْدَارِ ثَمَنِ الشِّرَاءِ]

وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء : فقال ابن القاسم : إن لم تَفُتِ السِّلْعَةُ ، فالقول قول المشتري، وإن فاتت فالقولُ قولُ الْوَكِيلِ ،، وقيل : يتحالفان ، وينفسخ البيع ، وَيَتَرَاجَعَانِ ، وإن فاتت بالقيمة .

[اخْتِلافُهُمَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ]

وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع : فعند ابن القاسم أن القولَ فيه قَوْلُ الموكل ؛ لأنه جَعَلَ دَفْعَ الثَّمَنِ بمنزلة فَوَاتِ السلعة في الشراء .

[إِذَا اخْتَلَفَا فِيمَنْ أَمَرَهُ بِالْدَّفْعِ]

وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع : ففي المذهب فيه قولان : المشهور : أن القول قول المأمور ،، وقيل : القول قول الآمر .

[إذَا تَعدَّى الْوَكِيلُ زَاعِماً أَنَّ الْمُوكِلَ أَمَرَهُ بِذَلكَ]

وأما إذا فعل الوكيل فعلاً هو تعدّ ، وزعم أن الموكل أمره فالمشهور : أن الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُوكِلِ ،، وقد قيل : إن القولَ قولُ الوكيل أنه قد أمره ؛ لأنه قد ائتمنه على الفعل.

تَمَّ والحمد لله

* * *

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وصحبه ، وسلم تسليماً

كِتَابُ اللُّقَطَةِ (١)

وَالنَّظَرُ فِي اللُّقَطَةِ في جملتين :

الجملة الأولى : في أركانها .

والثانية : في أحكامها .

[أَرْكَانُ اللُّقَطَةِ]

الجملة الأولى : والأركان ثلاثة : الالْتِقَاطُ ، وَالْمُلْتَقِطُ ، وَاللُّقَطَةُ .

---

(١) اللقطة لغة : اسم لما يلقط ، وفيها أربع لغات ، نظمها أبو عبد الله بن مالك فقال : [الرجز]

لُقَاطَةٌ ، ولُقْطَةٌ ، ولُقطَهْ وَلَقَطٌ ما لا قِطٌ قد لَقَطَهْ

فالثلاث الأول بضم اللام ، والرابعة بفتح اللام والقاف ، وروى عن الخليل . واللقطة : بضم اللام وفتح القاف : الكثير الالتقاط ، وبسكون القاف : ما يلتقط ، وقال أبو منصور : وهو قياس اللغة ؛ لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل ، وبسكونها مفعول ، كضحكة للكثير الضحك ، وضحكة لمن يضحك منه .

انظر : المغرب : ٢/ ١٧٠ ، المطلع ص : ٢٨٢ ، القاموس المحيط : ٢/ ٢٩٧ .

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ، ويردها على صاحبها ، وهى الشئ الذى يجده ملقى ليأخذه أمانة ، واللقطة مال معصوم عرض للضياع .

وعرفها الشافعية بأنها : مال أو اختصاص محترم ، ضاع بنحو غفلة ، بمحل غير مملوك لم يحرز ، ولا عرف الواحد مستحقه ، ولا امتنع بقوّته .

وعرفها المالكية بأنها : مال معصوم عرض للضياع ، وإن كلبا أو فرساً .

وعرفها الحنابلة بأنها : المال الضائع من ربه ، يلتقطه غيره .

انظر : فتح القدير : ١١٨/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٣٤٨/٣ ، تبيين الحقائق : ٣٠١/٣ ، نهاية المحتاج : ٤٢٦/٥ ، مغنى المحتاج : ٤٠٦/٢ ، الشرقاوى على التحرير : ١٣٥/٢ ، جواهر الإكليل ٢١٧/٢ ، حاشية الدسوقى : ١١٧/٤ ، الشرح الصغير : ٣٥٠/٣ ، المغنى لابن قدامة : ٦٦٣/٥ ، كشف القناع : ٢٠٨/٤ - ٢٠٩ .

[اخْتِلافُ الْعُلَمَاءِ فِي الالتقاط ، وحكمه]

فأما الالتقاط : فاختلف العلماء هل هو أفضل ، أم الترك ؟

فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ؛ لأنه من الواجب على المسلم أن [يحفظ](1) مَالَ أَخِيهِ المسلم ؛ وبه قال الشافعي .

وقال مالك ، وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروي عن ابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال أحمد ؛ وذلك لأمرين :

أحدهما : ما روي أنه ﷺ قال : « ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرْقُ النَّارِ » (١٠٧٧) ؛ ولما يخاف أيضاً

---

(١) في الأصل : يحوط على .

(١٠٧٧) أخرجه أحمد (٥/ ٨٠) ، وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٧٩ - منحة) رقم (١٤١٠) ، والدارمي (٢/ ٢٦٦) كتاب البيوع : باب في اللقطة ، والطحاوي في « شرح معاني الآثار » (٤/ ١٣٣) كتاب اللقطة والضوال ، وأبو يعلى (٢/ ٢٢٠) رقم (٩١٩) ، وابن حبان (١١٧٠ - موارد) ، والطبراني في «المعجم الصغير » (٢/ ٢٨) ، وفي « الكبير » (٢/ ٢٦٥) رقم (٢١١٥ ، ٢١١٦) ، والبيهقي (٦/ ١٩٠) كتاب اللقطة : باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز ، كلهم من طريق أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير عن أبي مسلم الجذمي عن الجارود ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « ضالة المسلم حرق النار » .

وصححه ابن حبان ، وذكره الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٤/ ١٧٠) وقال : رواه أحمد والطبراني في « الكبير » بأسانيد رجال بعضها رجال الصحيح . أ.هـ .

وقد اختلف في إسناد هذا الحديث :

فأخرجه أحمد (٤/ ٢٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٦) كتاب اللقطة : باب ضالة الإبل والبقر ، حديث (٢٥٠٢) ، وابن حبان (١١٧١ - موارد) ، وابن سعد في « الطبقات الكبرى » (٧/ ٢٢) ، والبيهقي (٦/ ١٩١) كتاب اللقطة : باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز ، كلهم من طريق حميد الطويل عن الحسن عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه قال : قدم على النبي ﷺ رهط من بني عامر فقالوا: يا رسول الله إنا نجد في الطريق هوامي من الإبل ، فقال النبي ﷺ : « ضالة المسلم حرق النار» .

وذكره الحافظ البوصيري في « الزوائد » (٢/ ٢٨٥) وقال : هذا إسناد صحيح ؛ رجاله ثقات .

وقد توبع الحسن ، تابعه قتادة :

أخرجه أبو نعيم في « الحلية » (٩/ ٣٣) من طريق قتادة عن مطرف بن عبد الله عن أبيه به .

وقد رجح الألباني هذه الرواية فقال في « الصحيحة » (٢/ ١٨٦) : ولعل هذه الرواية عن مطرف عن أبيه أرجح من رواية مطرف عن أبي مسلم الجذمي عن الجارود ؛ لاتفاق ثقتين عليها وهما الحسن وقتادة، بخلاف تلك ، فقد تفرد بها أبو العلاء كما رأيت ، فإن كان كذلك فالإسناد صحيح. أ.هـ .

وللحديث شاهد من حديث عصمة :

أخرجه الطبراني في « الكبير » كما في « مجمع الزوائد » (٤/ ١٧٠) عنه قال : قال رسول ﷺ «ضالة المسلم حرق النار ، ثلاث مرات » .

وقال الهيثمي : رواه الطبراني في « الكبير » وفيه أحمد بن راشد ، وهو ضعيف .

من التقصير في القيام بما يجب لها من [التعريف] (١) ، وترك التعدي عليها ،، وتأول الذين رَأَوُا الالتقاطَ أول الحديث ؛ وقالوا : إنما أراد بذلك الانتفاع بها ، لا أخذها [للتعريف] (٢) .

وقال قوم : بل لقطها واجب .

وقد قيل : إن هذا الاختلاف إذا كانت اللُّقَطَةُ بين قَوْمٍ مَأْمُونِينَ ، والإمام [عادل](٣).

قالوا : وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر ، فالأفضل ألا يَلْتَقِطَهَا ،، وإن كانت بين قوم غير مأمونين ، والإمام غير [عادل] (٤) ، فهو مُخَيَّرٌ بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين .

[« الْقَوْلُ فِي لُقَطَةِ الْحَاجِّ ، وَلُقَطَةِ مَكَّةَ »]

وهذا كله ما عدا لقطة الْحَاجِّ ؛ فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز الْتِقَاطُهَا ؛ لنهيه- عليه الصلاة والسلام - عن ذلك (١٠٧٨) ، ولُقَطَةُ « مكة » أيضاً لا يجوز الْتِقَاطُهَا إلا لمنشد ؛ لورود النص في ذلك ، والمروي في ذلك لفظان :

أحدهما : « **لا تُرْفَعُ لُقَطَتُهَا إلا لِمُنْشِدٍ** » (١٠٧٩) .

---

(١) فى الأصل : التصريف .	(٢) سقط فى الأصل .

(٣) فى الأصل : عدل .	(٤) فى الأصل : عدل .

(١٠٧٨) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٥١) كتاب اللقطة : باب لقطة الحاج ، حديث (١١/ ١٧٢٤) ، وأبو داود (٢/ ٣٤٠) كتاب اللقطة : باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧١٩) ، والنسائى فى « الكبرى » (٣/٤١٧) كتاب اللقطة : باب النهى عن لقطة الحاج ، وأحمد (٣/ ٤٩٩) ، والبيهقى (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة : باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد ، من حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمى ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن لقطة الحاج .

تنبيه : هذا الحديث أخرجه ابن حبان فى صحيحه (٤٨٧٦ - الإحسان) ، وذكره الهيثمى فى «موارد الظمآن » (١١٧٢) ، وليس الحديث على شرطه فهو يذكر فى الموارد ما لم يخرجه الشيخان أو أحدهما، وهذا الحديث قد أخرجه مسلم كما تقدم فى « التخريج » .

(١٠٧٩) أما اللفظ الأول :

أخرجه البخارى (٥/ ٨٧) كتاب اللقطة : باب إذا وجد تمرة فى الطريق ، حديث (٢٤٣٤) ، ومسلم (٢/ ٩٨٨) كتاب الحج : باب تحريم مكة وصيدها ، حديث (٤٤٧/ ١٣٥٥) ، وأبو داود (٢/ ٥١٨) كتاب المناسك : باب تحريم حرم مكة ، حديث (٢٠١٧) ، والدارمى (٢/ ٢٦٥) كتاب البيوع : باب فى اللقطة، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٤٠) كتاب اللقطة والضوال ، وابن الجارود فى «المنتقى » رقم (٥٠٨) ، وأحمد (٢/ ٢٣٨) ، والدارقطنى (٣/ ٩٦ - ٩٧) كتاب الحدود والديات رقم (٥٨) ، والبيهقى (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة : باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد ، كلهم من طريق يحيى بن أبى=

والثاني : « لا يَرْفَعُ لُقَطَتَهَا إلا مُنْشِدٌ » ، فالمعنى الأول : أنها لا ترفع إلا لمن ينشدها، والمعنى الثاني : لا يلتقطها إلا من ينشدها ليعرف الناس بها .

وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبداً .

[حُكْمُ المُلْتَقط]

فَأَمّا المُلْتَقِطُ : فَهُوَ كُلُّ حُرٍّ مسلم بَالِغٍ ؛ لأنها ولاية .

[القولُ في الْتِقَاطِ الْكَافِرِ ، والعبدِ ، والفاسقِ]

واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر : قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك في دار الإسلام .

قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عَدَمُ أَهْلِيَّةِ الولاية .

ووجه الجواز : عمومُ أحاديث اللقطة .

[تَعْرِيفُ اللُّقَطَةِ]

وأما اللقطةُ بالجملة : فإنها كُلُّ مال لِمُسْلِمٍ معرض للضياع ، كان [ذلك] [1] في عَامِرِ الأَرْضِ ، أو غَامِرِهَا ، والجماد والحيوان في ذلك سَوَاءٌ ، إلا الإبل باتفاق .

= كثير عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال : لما فتح الله عز وجل على رسوله ﷺ مكة قام فى الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنها لم تحل لأحد قبلى ، وإنها أحلت لى ساعة من نهار ، وإنها لن تحل لأحد بعدى ، فلا ينفر صيدها ، ولا يختلى شوكها ، ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد » .

أما اللفظ الثانى :

فقد أخرجه البخارى (٨/ ٢٦) كتاب المغازى : باب (٥٣) حديث (٤٣١٣) ، ومسلم (٢/ ٩٨٦) كتاب الحج: باب تحريم مكة وصيدها ، حديث (٤٤٥/ ١٣٥٣) ، وأبو داود (١/ ٦١٦) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة ، حديث (٢٠١٨) ، والنسائى (٥/ ٢٠٣ ، ٢٠٤) ، وأحمد (١/ ٢٥٩ ، ٣١٥ – ٣١٦) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٥٠٩) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (٤/ ٢٠٩) ، والبيهقى (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة : باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد ، كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس ؛ أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة : « إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة ، وإنه لا يحل القتال فيه لأحد قبلى ، ولم يحل لى إلا ساعة من نهار ، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة ، لا يعضد شوكه ، ولا ينفر صيده ، ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ، ولا يختلى خلاها » فقال العباس : يا رسول الله إلا الإذخر ، فإنه لبيوتهم ، قال : «إلا الإذخر » .

(١) سقط فى الأصل .

[الأَصْلُ فِي جوَازِ الالْتِقَاط]

والأصل في اللقطة : حديث [زيد] [(١)] بن خالد الجهني ، وهو حديث متفق على صحته ؛ أنه قال : « **جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُول الله ﷺ فسَأَلَهُ عَن اللُّقَطَة ، فَقَالَ : اعْرِفْ عفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإلا فَشَأْنُكَ بِهَا ،، قَالَ : فَضَالَّةُ الغَنَم يَا رَسُولَ الله؟ قال : هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ ، أَوْ للذِّئْب ،، قَالَ : فَضَالَّةُ الإِبلِ ؟ قَالَ : مَا لَكَ وَلَهَا ، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا ، تَرِدُ الْمَاءَ ، وتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا** » [(١٠٨٠)] .

وهذا الحديث يتضمن معرفة [ما يلتقط مما لا يلتقط ، ومعرفة] [(٢)] حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده ؟ وبماذا يستحقها مُدَّعِيهَا ؟ فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تُلْتَقَطُ .

---

(١) فى ط : يزيد .

(١٠٨٠) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٧) كتاب الأقضية : باب القضاء فى اللقطة ، حديث (٤٦) ، والبخارى (٥/ ٨٤) كتاب اللقطة : باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة حديث (٢٤٢٩) ، ومسلم (٣/ ١٣٤٦) كتاب اللقطة : باب اللقطة ، حديث (١/ ١٧٢٢) ، وأبو داود (٢/ ٣٣١) كتاب اللقطة : باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠٤) ، والترمذى (٣/ ٦٥٥) كتاب الأحكام : باب اللقطة وضالة الإبل ، حديث (١٣٧٢) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٦) كتاب اللقطة : باب ضالة الإبل ، حديث (٢٥٠٤) ، والشافعى (٢/ ١٣٧) كتاب اللقطة ، حديث (٤٥٣) ، وأحمد (٤/ ١١٥) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٦٦٦) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٣٤) ، والدارقطنى (٤/ ٢٣٥)، والبيهقى (٦/ ١٨٥) كتاب اللقطة : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، وعبد الرزاق (١٠/ ١٣٠) رقم (١٨٦٠٢) ، والحميدى (٢/ ٣٥٧ - ٣٥٨) رقم (٨١٦) ، وعبد بن حميد فى «المنتخب من المسند » (ص- ١١٧ - ١١٨) رقم (٢٧٩) ، وابن طهمان فى « مشيخته » (ص - ٥٦ ، ٥٧) رقم (٤) ، والطبرانى فى « الكبير » (٥/ رقم (٥٢٤٩ ، ٥٢٥٠ ، ٥٢٥١ ، ٥٢٥٢ ، ٥٢٥٣ ، ٥٢٥٤ ، ٥٢٥٥ ، ٥٢٥٦ ، ٥٢٥٧ ، ٥٢٥٨) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٣٨ - بتحقيقنا)، كلهم من طريق يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد به .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٧) كتاب اللقطة : باب اللقطة ، حديث (٧/ ١٧٢٢) ، وأبو داود (١/ ٥٣٣) كتاب اللقطة : باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠٦) ، والترمذى (٣/ ٦٥٦) كتاب الأحكام : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل ، حديث (١٣٧٣) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٨) كتاب اللقطة : باب اللقطة ، حديث (٢٥٠٧) ، والطحاوي فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٣٨) كتاب البيوع : باب اللقطة والضوال، والبيهقى (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، وابن الجارود (٦٦٩) كلهم من طريق بسر بن سعيد عن زيد بن خالد الجهنى قال : سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال : « عرفها سنة ، فإن لم تُعترف فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء صاحبها فأدِّها إليه » .

قال الترمذى : حديث حسن غريب .

(٢) سقط من ط .

واتفقوا على الغنم أنها تُلْتَقَطُ وترددوا في البقر ،، والنص عن الشافعي : أنها كالإبل ،، وعن مالك : أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

[حُكْمُ التَّعْرِيفِ وَمُدَّتُهُ]

الجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ :

وَأَمَّا حُكْمُ التَّعْرِيفِ ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم .

[حُكْمُ اللُّقَطَةِ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ]

واخْتَلَفُوا فِي حُكْمِهَا بَعْدَ السَّنَةِ ; فاتفق فقهاء الأمصار : مالك ، والثوري ، [والأوزاعي] (١) ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيدة ، وأبو ثور - إذا انقضت ، كان له أن يَأْكُلَهَا إن كان فقيراً ، أو يتصدق بها إن كان غَنِيا ، فإن جاء صَاحِبُهَا كان مُخَيَّراً بين أن يجيز الصدقة ، فينزل [على] (٢) ثوابها ، أو يضمنه إياها .

[هَلْ لِلْغَنِيِّ أَنْ يَأْكُلَ اللُّقَطَةَ ؟]

واخْتَلَفُوا فِي الغَنِيِّ : هَلْ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهَا ، أَوْ يُنْفِقَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ؟ فَقَالَ مالك ، والشافعي: له ذلك .

وقال أبو حنيفة : [ليس له] (٣) إلا أن يتصدق بها ،، وروي مثل قوله عن عليّ، وابن عباس ، وجماعة من التابعين .

وقال الأوزاعي : إن كان مالاً كثيراً ، جعله في بيت المال ،، وروي مثل قوله مالك والشافعي عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة .

وكلهم متفقون على أنه إن أَكَلَهَا ضَمِنَهَا لصاحبها ، إلا أهل الظاهر .

واستدل مالك ، والشافعي بقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **فَشَأْنُكَ بِهَا** » (٤) ، ولم يفرق بين غني وفقير ،، ومن الحجة لهما : ما رواه البخاري ، والترمذي عن سويد ابن غفلة قال : « **لَقِيتُ [أُبَيَّ] (٥) بْنَ كَعْبٍ فَقَالَ : وَجَدْتُ صُرَّةً فيهَا مائَةُ دينَار ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : « عَرِّفْهَا حَوْلاً » فَعَرَّفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ ،، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَلاثاً فَقَالَ : « احْفَظْ وِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا** » (١٠٨٧) .

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) فى الأصل : عن . (٣) فى الأصل : هما له .
(٤) تقدم . (٥) فى ط : أوس .
(١٠٨١) أخرجه البخارى (٥/ ٩١) كتاب اللقطة : باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها ، حديث =

وخرج الترمذي ، وأبو داود : « **فَاسْتَنْفِقْهَا** » (١) .

فسبب الخلاف : معارضةُ ظَاهِرِ لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ؛ وهو أنه لا يحل مال امرىءٍ مسلم إلا عن طِيبِ نَفْسٍ منه ، ، فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث، وهو قوله بعد التعريف : « **فَشَأْنُكَ بِهَا** » - قال : لا يَجُوزُ فيها تَصَرُّفٌ إلا بالصدقة فقط، على أن يضمن إن لم يُجِزْ صَاحِبُ اللقطة الصدقة ، ، ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ، ورأي أنه مستثنى منه ، قال : تحل له بعد العام ، وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ، ومن توسط ، قال : يتصرف بعد العام فيها ، وإن كانت عيناً (٢) على جهة الضمان .

[حُكْمُ دَفْعِ اللُّقَطَةِ لِمَنِ ادَّعَاهَا ، وَهَلْ لا بُدَّ فِيهَا مِنَ الشَّهَادَةِ ؟]

وَأَمَّا حُكْمُ دَفْعِ اللُّقَطَةِ لِمَنِ ادَّعَاهَا : فاتفقوا على أنها لا تُدْفَعُ إليه إذا لم يعرف الْعِفَاصَ ، ولا الْوِكَاءَ . واختلفوا إذا عَرَفَ ذلك : هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ، ولا يحتاج إلى بينة .

وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يستحق إلا ببينة .

وسببُ الخلافِ : معارضَةُ الأصل في اشتراط الشهادة في صِحَّةِ الدعوى لظاهر هذا

= (٢٤٣٧) ، ومسلم (٣/ ١٣٥٠) كتاب اللقطة ، حديث (٩/ ١٧٢٣) ، وأبو داود (٢/ ٣٢٨) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠١) ، والترمذى (٣/ ٦٥٨) كتاب الأحكام : باب فى اللقطة وضالة الإبل ، حديث (١٣٧٤) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب اللقطة : باب اللقطة ، حديث (٢٥٠٦) ، وأحمد (٥/ ١٢٦ - ١٢٧) ، والطيالسى (١/ ٢٧٩ - منحة) رقم (١٤١٢) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٦٦٨) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١٣٧) كتاب اللقطة والضوال : باب اللقطة . والبيهقى (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، عن سويد بن غفلة قال : خرجت أنا وزيد بن صوحان وسلمان بن ربيعة غازين ، فوجدت سوطاً فأخذته ، فقالا لى: دعه فقلت : لا ولكن أعرفه ، فإن جاء صاحبه وإلا استمتعت به ، فلما رجعنا حججت فأتيت المدينة ، فلقيت أبى بن كعب فأخبرته بشأن السوط فقال : إنى وجدت صرة فيها مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيت بها رسول الله ﷺ فقال : « عرفها حولاً » فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته فقال : « عرفها حولا » فلم أجد من يعرفها ثم أتيته فقال : « عرفها حولاً » فعرفتها فلم أجد من يعرفها فقال : « احفظ عددها ، ووعاءها ، ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » فاستمتعت بها فلقيته بعد ذلك فقال : لا أدرى بثلاثة أحوال أو حول واحد .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : غنيا فيها .

الحديث ،، فمن غلب الأصل قال : لا بد من البينة ،، ومن غلب ظاهر الحديث ، قال: لا يحتاج إلى بينة ،، وإنما اشترطَ الشهادةَ في ذلك الشافعي ، وأبو حنيفة ؛ لأن قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **اعْرِفْ عِفَاصَهَا ووِكَاءَهَا ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وإلا فَشأْنُكَ بِهَا**» - يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العِفَاصِ والوكاء ؛ لئلا تختلط عنده بغَيْرِهَا ، ويحتمل أَنْ يكُونَ إنما أمره بذلك ؛ ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وَقَعَ الاحْتِمَالُ وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الأَصْلِ ، فإن الأصولَ لا تُعَارَضُ بالاحتمالات المخالفة لها ، إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد.

[هَلْ لا بُدَّ مِنْ صفة الدَّنانير وعَدَدِهَا ؟]

وَعِنْدَ مَالِك وأَصْحَابِه : أن على صَاحِبِ اللُّقَطَة أن يصف مع الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ صفة الدنانير ، والعدد ،، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه : « فَإِنْ جَاءَ [صَاحِبُهَا] [1] وَوَصَفَ عِفَاصَهَا ، وَوِكَاءَهَا ، وَعَدَدَهَا ، فَادْفَعْهَا إِلَيْه » [2] ،، قالوا: ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ ، وكذلك إن زاد فيه .

[إِنْ نَقَصَ صَاحِبُ اللُّقَطَة العَدَدَ ، أَوْ جَهِلَ الصِّفَةَ]

واختلفوا إن نقص [من] [3] العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة ، وجاء بالعفاص والوكاء ،، وأما إذا غَلِطَ فيها ، فلا شيء له .

وأما إذا عَرَفَ إِحْدَى الْعَلامَتَيْنِ اللَّتَيْنِ وَقَعَ النَّصُّ عَلَيْهِمَا ، وَجَهِلَ الأُخْرَى : فقيل : إنه لا شيء له إلا بمعرفتهما جميعاً .

وقيل : يدفع إليه بعد الاستبراء .

وقيل : إن ادعي الجهالة استبرِيءِ ،، وإن غَلَطَ لم تدفع إليه .

[هَلْ لا بُدَّ مِنْ يَمِين صَاحِب اللُّقَطَة ؟]

واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بِيَمِينٍ، أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم : بغير يمين .

وقال أشهب : بيمين .

وَأَمَّا ضَالَّةُ الغَنَم : فإن العلماء اتفقوا على أن لواجد ضَالَّة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران - أن يأكلها ؛ لقوله ﷺ في الشاة: « **هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيكَ ، أَوْ للذِّئْب** » [4].

---

(١) فى الأصل : باغيها .　　(٢) تقدم .
(٣) سقط فى ط .　　(٤) تقدم .

واختلفوا : هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء : إنه يَضْمَنُ قِيمَتَهَا.

وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن .

وسبب الخلاف : معارضة الظاهر - كما قلنا - للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكاً هنا غَلَّبَ الظَّاهِرَ ، فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك فى التصرف فيما وَجَبَ تَعْرِيفُهُ بعد العام ؛ لقوة اللفظ ههنا ،، وعنه رواية أخرى أنه يَضْمَنُ ،، وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خُشِيَ عليه التلف إن تركه .

[أَقْسَامُ اللُّقَطَة عِنْدَ مَالك ، وَمَا منْهَا يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ]

وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِك عِنْدَ أَصْحَابِه فِي ذَلِكَ أَنَّهَا عَلَى ثَلاثَة أَقْسَامٍ :

قسم : يبقى في يَد مُلْتَقطه ، ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والْعُرُوض ،، وقسم لا يبقى في يَدِ مُلْتَقطه ، وَيُخْشَى عليه التَّلَفُ إن تُركَ ، كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد ،، وقسم لا يخشى عليه التلف .

[مَا يَبْقَى فِي يَد مُلْتَقطه ، وَيُخْشَى عَلَيْه التَّلَفُ]

فَأَمَّا القِسْمُ الأَوَّلُ : وهو ما يبقى في يد ملتقطه ، ويخشى عليه التلف : فإنه ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيراً لا بال له ، ولا قدر لقيمته ، ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده ، وهو لمن وجده .

والأصل في ذلك ما روي : « **أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ مَرَّ بتَمْرَة في الطَّرِيق ، فَقَالَ : لَوْلا أَنْ تَكُونَ منَ الصَّدَقَة لأَكَلْتُهَا** » (١٠٨٢) ،، ولم يذكر فيها تعريفاً ، وهذا مثل : العصا ، والسوط ،، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ،، والثاني : أن يكون يسيراً ، إلا أن له قدراً ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه ،، واختلفوا في قَدْرِ ما يعرف : فقيل : سنة ،، وقيل : أياماً .

(١٠٨٢) أخرجه البخارى (٥/٨٦) كتاب اللقطة : باب إذا وجد تمرة فى الطريق ، حديث (٢٤٣١)، ومسلم (٢/٧٥٢) كتاب الزكاة : باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ ، حديث (١٦٥/١٠٧١) ، وأحمد (٣/ ١٨٤ ، ١٩٣ ، ٢٥٨) ، وأبو داود (١/ ٥١٩) كتاب الزكاة : باب الصدقة على بنى هاشم ، حديث (١٦٥١) ، وأبو داود الطيالسى (١/ ١٧٧ - منحة) رقم (٨٣٩) ، والطحاوي فى « شرح معانى الآثار » (٢/ ٩) كتاب الزكاة : باب الصدقة على بنى هاشم ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ٢٥٢) ، والبيهقى (٦/ ١٩٥) ، وأبو يعلى (٥/ ٢٤٥ - ٢٤٦) رقم (٢٨٦٢) ، وابن حبان (٣٦٩٣ - الإحسان) من حديث أنس بن مالك .

أما الثالث : فهو أن يكون [كثيراً ، أو له قدر] [١] ، فهذا لا اختلاف في وُجُوبِ تَعْرِيفِهِ حَوْلاً .

[مَا لا يَبْقَى في يَد مُلْتَقطه ، وَيُخْشَى عَلَيْه التَّلَفُ]

وَأَمَّا القِسْمُ الثَّاني : وَهُوَ مَا لا يَبْقَى بِيَد مُلْتَقطه ، وَيُخْشَى عَلَيْه التَّلَفُ : فإن هذا يأكله كان غنياً أو فقيراً ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان - كما قلنا - : الأشهر : أن لا ضمان .

واختلفوا إن وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة : فقيل : لا ضمان عليه ،، وقيل: عليه الضمان ،، وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن ، أو يأكله فيضمن .

[الْقَوْلُ في لُقَطَة الإبلِ ، وَضَمَانها عَلَى مَن التَقطَهَا]

وَأَمّا القِسْمُ الثَّالِثُ : فَهُوَ كَالإِبِلِ ، أعني : أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك [٢] ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ،، وقيل : في المذهب هو عامٌّ في جميع الأزمنة ،، وقيل : إنما هو في زَمَانِ الْعَدْلِ ، وأن الأفضل في زمان غير العدل الْتقَاطُهَا ،، وأما ضمانها من الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها ، وأشهد على التقاطها ، فَهَلَكَتْ عنده أنه غير ضامن ،، واختلفوا إذا لم يشهد : فقال مالك، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن : لا ضَمَانَ عليه إن لم يضيع ، وإن لم يشهد ،، وقال أبو حنيفة ، وزفر : يضمنها إن هلكت ، ولم يشهد .

واستدل مالك والشافعي : بأن اللُّقَطَةَ وديعةٌ ، فلا ينقلها تَرْكُ الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ؛ قالوا: وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال ؛ وغيره ؛ أنه قال : «**إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلا فَلْتَكُنْ وَديعَةً عِنْدَكَ** » [٣] ،، [واستدل] [٤] أبو حنيفة ، وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار : قال رسول الله ﷺ : «**مَنِ الْتَقطَ لُقَطَةً، فَلْيُشْهِدْ ذَوِيْ عَدْلٍ عَلَيْهَا ، وَلا يَكْتُمْ ، وَلا يغنت ،، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَإِلا فَهُوَ مَالُ الله يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ** » (١٠٨٣) .

---

(١) فى الأصل : كثير القدر .

(٢) تقدم . (٣) تقدم . (٤) فى الأصل : واستعمل .

(١٠٨٣) أخرجه الطيالسى (١/ ٢٧٩ - منحة) كتاب الشفعة واللقطة : باب اللقطة ، حديث (١٤٠٩) ، وأحمد (٤/ ١٦١) ، وأبو داود (٢/ ٣٣٥) كتاب اللقطة : باب التعريف باللقطة ، حديث (١٧٠٩) ، وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب اللقطة : باب اللقطة (٢٥٠٥) ، والنسائى فى « الكبرى » كما فى « تحفة الأشراف » (٨/ ٢٥٠) ، وابن حبان (١١٦٩ - موارد) ، وابن الجارود رقم (٦٧١) ، والطحاوى فى «شرح معانى الآثار » (٤/ ١٣٦) كتاب الإجارات : باب اللقطة والضوال ، وفى «مشكل الآثار » (٤/ ٢٠٧ - ٢٠٨) ، والطبرانى فى « الكبير » (١٧) رقم (٩٨٦ ، ٩٨٧ ، ٩٨٩ ، ٩٩٠) ، والبيهقى =

[تَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالك في اللُّقَطَة]

وَتَحْصِيلُ الْمَذْهَبِ فِى ذَلِكَ : أن وَاجِدَ اللقطة عَند مالك لا يَخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يأخذها على جهة الاغتيال لها .

والثاني : أن يأخذها على جِهَةِ الالتقاط .

والثالث : أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ، ولا على جهة الاغتيال .

[إنْ أَخَذَهَا عَلَى جِهَةِ الالْتقَاط ، وَمَتَى يَضْمَنُ ؟]

فإن أخذها على [جهة] [1] الالتقاط ، فَهي أَمانة عنده عليه حِفْظُهَا وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها ، ، فقال ابن القاسم : يضمن .

وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، ، والقول قوله في تَلفها دون يمين ، إلا أن [يتهم] [2] .

[إنْ أَخَذَهَا مُغْتَالاً]

وأما إذا قبضها مغتالاً لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله .

[إنْ أَخَذَهَا لا عَلَى جِهَةِ الالْتقَاط ، وَلَا الاغْتيال]

وأَمَّا الوَجْهُ الثَّالِثُ : فهو مثل أن يَجِدَ ثَوْبَاً فَيَأْخُذَهُ ، وهو يظنه لَقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ، ولا ادعوه ، كان له أن يرده حيث وجده ، ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك .

[إذَا اسْتَهْلَكَ العَبْدُ اللُّقَطَةَ]

وَتَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَابِ مَسْأَلَةٌ اخْتَلَفَ العُلَمَاءُ فيهَا ، وَهُوَ الْعَبْدُ يَسْتَهْلكُ اللُّقَطَةَ : فقال مالك : إنها في رَقَبَتِهِ إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يَفْدِيَهُ بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، ، فإن استهلكها بعد الْحَوْلِ كانت دَيْناً عليه ، ولم تكن في رَقَبَتِهِ .

وقال الشافعي : إن عَلِمَ بذلك السَّيِّدُ فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيدُ كانت في رَقَبَةِ العبد .

= (٦/ ١٨٧) كتاب اللقطة : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير . وابن عبد البر فى « التمهيد » (٣/ ١٢١ - ١٢٢) كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض ابن حمار به .

(١) في الأصل : واجه . (٢) في الأصل : يتم .

[هَلْ يرْجِعُ الْمُلْتَقطُ بمَا أَنْفقَ علَى اللُّقَطَة ؟]

وَاخْتَلَفُوا : هَلْ يَرْجِعُ الْمُلْتَقطُ بمَا أَنْفَقَ على اللُّقَطَة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة .

وقال الكوفيون : لا يَرْجِعُ بما أنفق ، إلا أن تكون النفقة [عن] [١] إذْنِ الْحَاكِمِ ، ، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط ، ، وهذا [القدر] [٢] كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

* * *

بَابٌ :
في اللَّقيط [٣]

والنظر في أحكام الالتقاط ، وفي الملتقط ، واللقيط ، وفي أحكامه .

[الْقَوْلُ في وُجُوب الإشْهَاد عَلَى اللَّقيط]

قال الشافعي : كُلُّ شَيْءٍ ضَائعٍ لا كافل له ، فالتقاطه من فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ ، ، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسْتِرْقَاقِ خلافٌ ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة .

واللَّقِيطُ : هو الصَّبِيُّ الصغيرُ غَيْرُ البالغ ، ، وإن كان مميزاً ، ففيه في مذهب الشافعي تَرَدُّدٌ .

---

(١) في الأصل : على . (٢) في الأصل : القول .

(٣) اللَّقِيطُ لغةً : ما يلقط أى : يرفع من الأرض ، وقد غلب على الصبى المنبوذ ، وفى «الصحاح» المنبوذ : الصبى الذى تلقيه أمه فى الطريق .

انظر : الصحاح : ٥٧١/٢ ، والمصباح المنير : ٨٥٨/٢ ، والمغرب : ٢٤٧/٢ .

واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : اسم لحى مولود ، طرحه أهله ؛ خوفاً من العَيْلَة ، أو فراراً من تهمة الزنا .

وعرفه الشافعية بأنه : طفل نبيذٌ بنحو شارع لا يعرف له مدع ، وطفل باعتبار الغالب ، وإلا فقد يكون صغيراً مميزاً .

وعرفه المالكية بأنه : صغير آدمى ، لم يعرف أبوه ، ولا رقّه .

وعرفه الحنابلة بأنه : طفلٌ لا يعرف نسبه ، ولا رقه ، نبذ أو ضل على الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : المميز لقيط .

انظر : شرح فتح القدير : ١٠٩/٦ - ١١٠ ، مغنى المحتاج : ٤١٨/٢ ، نهاية المحتاج : ٥/ ٤٤٢ ، كشاف القناع : ٢٢٦/٤ .

وَالْمُلْتَقِطُ : هو كُلُّ حُرٍّ عَدْلٍ رَشِيدٍ ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ؛ لأنه لا ولايةً له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، [وينزع] [١] من يد الفاسق و[المبذر] [٢] ، وليس من شرط الملتقط الْغِنَى .

[نَفَقَةُ اللَّقِيطِ]

ولا تلزم نفقة الملتقط من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء .

وَأَمَّا أَحْكَامُهُ : فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ، ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك ،، وعند الشافعي بحكم من أَسْلَمْ منهما ؛ وبه قال ابْنُ وَهْبٍ من أصحاب مالك .

وقد اختلف في اللقيط : فقيل : إنه عَبْدٌ لمن التقطه .

وقيل : إنه حُرٌّ ، وولاؤه لمن التقطه ،، وقيل : إنه حر ، وَوَلاؤُهُ للمسلمين ، وهو مذهب مالك ، والذي تشهد له الأصول ، إلا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول؛ مثل : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **تَرِثُ الْمَرْأَةُ ثَلاثَةً : لَقِيطَهَا ، وَعَتِيقَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لا عَنَتَ عَلَيهِ** » (١٠٨٤) .

* * *

---

(١) فى الأصل : وينتزع . (٢) فى الأصل : المجنون .

(١٠٨٤) أخرجه أحمد (٣/ ٤٩٠) ، وأبو داود (٣/ ٣٢٥) كتاب الفرائض ، حديث (٢٩٠٦) ، والترمذى (٤/ ٤٢٩) كتاب الفرائض : باب ما يرث النساء من الولاء ، حديث (٢١١٥) ، وابن ماجه (٢/ ٩١٦) كتاب الفرائض : باب تحوز المرأة ثلاث مواريث ، والدارقطنى (٤/ ٨٩) كتاب الفرائض: حديث (٦٩) ، والبيهقى (٦/ ٢٥٩) كتاب الفرائض : باب ميراث ولد الملاعنة . من طريق محمد بن حرب : ثنا عمر بن رؤبة التغلبى عن عبد الواحد بن عبد الله عن واثلة مرفوعاً .

وقال الترمذى : حديث حسن غريب ، لا نعرفه إلا من حديث محمد بن حرب .

قلت : وفيه نظر ؛ فقد توبع محمد بن حرب على هذا الحديث .

تابعه سليمان بن سليم :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٩٠) كتاب الفرائض : حديث (٦٩ ، ٧٠) ، والحاكم (٤/ ٣٤٠ - ٣٤١) كتاب الفرائض .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

قلت : لكن الحديث ضعيف ؛ لضعف عمر بن رؤبة ؛ فقد ذكره الذهبى نفسه فى « المغنى » (٢/ ٤٦٧) وقال : فيه لين .

وقال البيهقى : هذا غير ثابت ، قال البخارى : عمر بن رؤبة فيه نظر . أ.هـ .

والحديث ضعفه الألبانى فى الإرواء (٦/ ٢٤) .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ ، وَآلِهِ ، وَصَحْبِهِ ، وَسَلَّمَ تَسْلِيماً

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ (١)

وَجُلُّ المسائل المشهورة بين فقهاءِ الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة .

[هَلْ الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ ، أَوْ مَضْمُونَةٌ ؟ ، وَهَلْ يُشْهَدُ عَلَى رَدِّ الوَدِيعَةِ] ؟

فَمِنْهَا : أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّها أَمَانَةٌ لا مَضْمُونَةٌ ، إلا مَا حُكِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ(٢) ، قال المالكيون: والدليل على أنها أمانة : أن الله أمر [بأداء](٣) الأمانات ، ولم يأمر

---

(١) الوديعة لغة : فعيلة بمعنى مفعولة ، من الودع ، وهو : الترك .

قال ابن القطاع : ودعت الشئ ودعا : تركته .

وابن السكيت ، وجماعة غيره ، ينكرون المصدر ، والماضى من « يدع » وقد ثبت فى « صحيح مسلم » : « لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات » وفى « سنن النسائى » من كلام رسول الله ﷺ : «اتركوا الترك ما تركوكم ، ودعوا الحبشة ما ودعوكم » فكأنها سميت وديعة ، أى متروكة عند المودع. وأودعتك الشئ : جعلته عندك وديعة ، وقبلته منك وديعة ، فهو من الأضداد .

ينظر : الصحاح : ٣/ ١٢٩٦ ، المغرب : ٤٧٩ ، المطلع : ٢٧٩ .

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : توكيل لحفظ مال غيره تبعاً بغير تصرف .

وعرفها الشافعية بأنها : العقد المقتضى للاستحفاظ ، أو العين المستحقة به حقيقة فيها ، وبتعريف آخر : توكيل فى حفظ مملوك ، أو محترم مختص على وجه مخصوص .

وعرفها المالكية بأنها : مال وكل على مجرد حفظه .

وعرفها الحنابلة بأنها : اسم للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض .

ينظر : الإنصاف : ٦/ ٣١٦ ، الشرقاوى على التحرير : ٢/ ٩٦ ، مغنى المحتاج : ٣/ ٧٩ ، حاشية الدسوقى : ٣/ ٤١٩ ، كشاف القناع : ٤/ ١٦٦ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٣٧ ، الفواكه الدوانى ٢/ ٢٣٧ .

والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ [النساء : ٥٨] وخبر « أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » ؛ ولأن بالناس حاجة ، بل ضرورة إليها .

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٨٧) كتاب القراض : باب ما جاء فى القراض ، حديث (١) ، وعنه الشافعى فى مسنده (٢/ ١٦٩) كتاب القراض ، حديث (٥٩٣) .

(٣) فى ط : برد .

بالإشهاد ، فوجب أن [يصدق] [١] المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببينة ، فإنه لا يكون القولُ قَوْلَهُ ، قالوا : لأنه إذا دَفَعَهَا إليه بِبَيِّنَةٍ ، فكأنه ائتمنه على حفظها ، ولم يَأْتَمِنْهُ على رَدِّهَا ، فيصدق في تلفها ، ولا يصدق على ردها ؛ هذا هو المشهور عن مالك ، وأصحابه ،، وقد قيل عن ابن القاسم : إن القولَ قَوْلُهُ ، وإن دفعها إليه ببينة ؛ وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وهو القياس ؛ لأنه فرق بين التلف ، ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه ،، وأما من دفعها إلى غَيْرِ الْيَدِ التي دَفَعَتْهَا إِلَيْهِ ، فعليه ما على وَلِيِّ اليتيم من الإشهاد عند مالك ، وإلا ضَمِنَ ، يريد قول الله عز وجل : ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ : [النساء : ٦] .

[إِنْ أَنْكَرَ القَابِضُ القَبْضَ]

فَإِنْ أَنْكَرَ الْقَابِضُ القَبْضَ ، فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه ، إلا [ببينة] [٢] ، وقد قيل : إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ، وسواء عند مالك أَمَرَ صَاحِبُ الوديعةِ بدفعها إلى الذي دفعها ، أو لم يأمر ،، وقال أبو حنيفة : إن كان ادَّعَى دَفْعَهَا إلى من أَمَرَهُ بدفعها ، فالقول قول المستودع مع يمينه ، فإن أَقَرَّ المدفوعُ إليه بالوديعة ، أعني : إذا كان غير المودع ، وادعى التَّلَفَ ، فلا يخلو أن يكون المستودِعُ دَفَعَهَا إلى أمانة ، وهو وكيل المستودع ، أو إلى ذمة ،، فإن كان الْقَابِضُ أميناً ، فاختلف في ذلك قولا ابن القاسم : فقال مرة : يَبْرَأُ الدَّافِعُ بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الآمِرِ الْوَكِيلِ بالقبض ،، ومرة قال : لا يَبْرَأُ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع، أو يأتي القابض بالمال.

[إِنْ دَفَعَ إِلَى ذِمَّة]

وَأَمَّا إِنْ دَفَعَ إِلَى ذِمَّة : مثل أن يقول رَجُلٌ للذي عنده الوديعة : « ادفعها إليّ سلفاً ، أو [تسلفاً] [٣] في سَلعة » ، أو ما أشبه ذلك ؛ فإن كانت الذمة قَائِمَةً بَرِيءَ الدافعُ في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خَرِبَةً فقولان .

والسبب في هذا الاختلاف كله : أن الأمانة تُقَوِّي دَعْوَى المدعي حتى يكون القولُ قَوْلَهُ مع يمينه ، فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يَدْفَعَهَا إليه ، أعني : الوكيل - بأمانة المودع عنده - قال : يكون القولُ قَوْلَهُ في دعواه التلف ؛ كدعوى المستودع عنده.

---

(١) فى الأصل : يصدع . (٢) فى الأصل : بالبينة .
(٣) فى الأصل : تسليفاً .

وَمَنْ رَأَى أَنَّ تلْكَ الأَمَانَةَ أَضْعَفُ ، قَالَ : لا يبرأ الدافعُ بتصديقِ الْقَابِضِ مع دَعْوَى التَّلَفِ ،، ومن رأى الْمَأْمُورَ بمنزلة الآمرِ ، قال : القولُ قولُ الدافع [المأمور] (١) ؛ كما كان القول قوله مع الآمر ؛ وهو مذهب أبي حنيفة ،، ومن رأى أنه أضعف منه - قال : الدَّافِعُ ضَامِنٌ إلا أن يُحضرَ الْقَابِضُ الْمَالَ .

[إِذَا أَوْدَعَ بِشَرْطِ الضَّمَانِ]

وَإِذَا أَوْدَعَهَا بِشَرْطِ الضَّمَانِ فالجمهور على أنه لا يضمن ،، وقال الغير : يضمن ،، وبالجملة : فالفقهاء يَرَوْنَ بأجمعهم أنه لا ضَمَانَ على صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ إلا أن يَتَعَدَّى .

[مَا يُعْتَبَرُ تَعَدِّياً عَلَى الوَدِيعَةِ ممَّا لا يُعْتَبَرُ]

ويختلفون في أشياء هل هي تعدٍّ ، أم ليس بتعد ؟

[إِذَا أَنْفَقَ الوَدِيعَةَ ، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا ، وَهَلْ يَضْمَنُ ؟]

فَمِنْ مَسَائِلهم المشهورة فِى هَذَا الْبَاب إِذَا أَنْفَقَ الوَدِيعَةَ ، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا ، أَوْ أَخْرَجَهَا لِنَفَقَته ، ثُمَّ رَدَّهَا : فَقَالَ مالك : يَسْقُطُ عنه الضَّمَانُ بحاله إذا ردها .

وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضَمِنَ .

وقال عبد الملك ، والشافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ،، فمن غلظ الأمر ضمنه إياها بتحريكها ، ونية استنفاقها ، ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها (٢) .

[إِذَا سَافَرَ بِهَا]

وَمِنْهَا اخْتِلافُهُمْ فِى السَّفَرِ بِهَا : فقال مالك : ليس له أن يُسَافِرَ بها ، إلا أن [تعطي](٣) له في سفر .

وقال أبو حنيفة : له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً، ولم [ينهه] (٤) صاحب

---

(١) فى الأصل : للمأمور .

(٢) قال ابن قدامة : إن الوديعة أمانة ، فإذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان ، سواء ذهب معها شئ من مال المودع أو لم يذهب . وهو قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن أبى بكر ، وعلى ، وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال شريح ، والنخعى ، ومالك ، وأبو الزناد ، والثورى والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها ؛ لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله . قال القاضى والأول أصح ؛ لأن الله تعالى سماها أمانة ، والضمان ينافى الأمانة .

ينظر : المغنى : ٦/ ٣٨٢ - ٣٨٣ .

(٣) فى الأصل : يحظى .

(٤) فى الأصل : يتهمه .

الوديعة (١) .

[هَلْ لِلْمُودَعِ عِنْدَهُ أَنْ يُودِعَهَا عِنْدَ غَيْرِهِ ؟]

وَمِنْهَا : أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُودَعِ عِنْدَهُ أَنْ يُودِعَ الوَدِيعَةَ غَيْرَهُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ (٢) فإن فعل ضمن .

وقال أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ؛ لأنه شبهه بأهل بيته .

وعند مالك : له أن يستودع ما أودع عند عياله الَّذِينَ يَأْمَنُهُمْ ، وهم تحت غلقه ، من زوج ، أو ولد ، أو أمة ، أو من أشبههم، ، وبالجملة : فعند الجميع أنه يجب عليه أن

---

(١) قال ابن قدامة : إن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها ؛ لأنه مخالف لصاحبها وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها ؛ لأنه فرط فى حفظها، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها .

نص عليه أحمد ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها ؛ لأنه يسافر بها من غير ضرورة أشبه ما لو كان السفر مخوفاً .

ينظر : المغنى ٦/ ٣٨٦ .

(٢) قال ابن قدامة : إذا أودعها غيره . ولها صورتان : إحداهما : أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب ، وهو قول شريح ، ومالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأصحابه، وإسحاق . وقال ابن أبى ليلى : لا ضمان عليه ؛ لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ؛ ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله ، فلم يضمنها كما لو حفظها فى حرزه .

الصورة الثانية : إذا كان له عذر مثل أن أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره ، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله فى قبضها ، لم يجز له دفعها إلى غيره ، فإن فعل ضمنها ؛ لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن منه من غير عذر ، فضمنها كما لو أودعها فى الصورة الأولى، وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ؛ لأنه متبرع بإمساكها ، فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها ؛ لأن غير الحاكم لا ولاية له . ويحتمل أن يجوز له إيداعها ؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها ، وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها ؛ لأنه موضع حاجة . وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم . وإن دفنها فى موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن ، فهو كإيداعها عنده ، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها ؛ لأنه فرط فى حفظها ؛ فإنه لا يأمن أن يموت فى سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسى مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها ؛ لأنه ربما أخذها ، وإن أعلم بها ثقة لا يدله على المكان فقد فرط ؛ لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

ينظر : المغنى : ٦/ ٣٨٤ - ٣٨٦ .

يَحْفَظَهَا مما جرَتْ بِهِ عَادَةُ الناس أن [تحفظ] [١] أموالهم ، فما كان بيِّناً من ذلك أنه حِفْظٌ ، اتُّفِقَ عَلَيْهِ ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه .

[الْوَدِيعَةُ فِي الْجَيْبِ ، وَالْمَسْجِد]

مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعَلَ وَدِيعَةً في جيبه فذهبت ،، والأشهر أنه يضمن،، وعند ابن وهب : أن من أودع وديعة في المسجد ، فجعلها على نَعْلِهِ ، فذهبت أنه [لا ضمان عليه] [٢] .

[القَوْلُ فى ضَمَان الوَديعَة بالنِّسْيَان]

وَيُخْتَلَفُ [فى] الْمَذْهَبَ فى ضَمَانِهَا بالنِّسْيَان : مثل أن ينساها في موضع ، أو ينسى من دفعها إليه ، أو يَدَّعِيَهَا رجلان : فقيل : يحلفان ، وتقسم بينهما .

وقيل : إنه يضمن لكل واحد منهما .

[مَا يَفْعَلُ بالوَدِيعَة إذَا سَافرَ الْمُودَعُ إلَيْه]

وَإِذَا أَرَادَ السَّفَرَ ، فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ، ولا ضمان عليه ، قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر ،، واختلف في ذلك أصحاب الشافعي : فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن .

[الْقَوْلُ فِي قَبُولِ الوَدِيعَة ، وَهَلْ هُوَ وَاجِبٌ ؟]

وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ،، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يَجِدِ الْمُودِعُ من يودعها عنده .

[مَا يُحْتَاجُ إِلَيْه في حِفْظ الوَديعَة]

ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن ، أو نفقة فعلى ربها ،، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور .

[مَنْ تَاجَر بمَال الوَديعَة فَرَبِحَ]

وَهُوَ فِيمَنْ أُودِعَ مَالاً فَتَعَدَّى فيه ، واتَّجَرَ به فَرَبِحَ فيه ، هَلْ ذَلِكَ الرِّبْحُ حَلالٌ لَهُ أَمْ لا ؟

فقال مالك ، والليث ، وأبو يوسف ، وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح ، وإن كان غَاصِباً لِلْمَالِ فضلاً عن أن يكون مستودعاً عنده .

وقال أبو حنيفة ، وزفر ، ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ، ويتصدق بالربح، وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح .

---

(١) فى الأصل : يحفظوا .

(٢) فى الأصل : يضمن .

وقال قوم : هو مُخَيَّر بين الأصل والربح .

وقال قوم : البيعُ الواقعُ في تلك التجارة فَاسِدٌ ،، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا مات .

فمن اعتبر التصرف قال : الرِّبْحُ للمتصرف ،، ومن اعتبر الأصل ، قال : الربح لصاحب المال ؛ ولذلك لما أمر عمر - رضي الله عنه - ابنيه عبد الله ، وعبيد الله أن يَصْرِفَا المال الذي أَسْلَفَهُمَا أبو موسى الأشعري من بيت المال ، فتجرا فيه فربحا - قيل له: لو جعلته قِرَاضاً ، فأجاب إلى ذلك ؛ لأنه قد روي أنه قد حصل للعامل جزء ، ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

تم بحمد الله

* * *

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ ، وَآلِهِ ، وَصَحْبِهِ ، وَسَلَّمَ تَسْلِيماً

كِتَابُ العَارِيَةِ (١)

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها :

[أَرْكَانُ الْعَارِيَةِ الخَمْسَةُ]

وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ : الإِعَارَةُ ، والمُعِيرُ ، والمُسْتَعِيرُ ، والمُعَارُ ، والصِّيغَةُ .

[حُكْمُ الإِعَارَةِ]

وَأَمَّا الإِعَارَةُ فَهِيَ : فعل خير ، ومندوب إليه ،، وقد شدد فيها قوم من السلف

---

(١) العارية لغة : مشددة الياء على المشهور ، وحكى الخطابى وغيره تخفيفها ، وجمعها : عوارى بالتشديد والتخفيف .

قال ابن فارس : ويقال لها : العارة أيضاً .

قال الشاعر : [الطويل]

فأخلف وأتلف إنما المال عارةٌ ... وكله مع الدهر الذى هو آكله

قال الأزهرى : هى مأخوذة من عار الشئ يعير : إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيار، وهى منسوبة إلى العارة ، بمعنى : الإعارة . وقال الجوهرى : هى منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب .

وقيل : هى مشتقة من التعاور ، من قولهم : اعتوروا الشئ ، وتعاوروه ، وتعوّروه : إذا تداولوه بينهم .

وحاصل الأمر أن العارية : تداول الشئ عارية : أعطاه إياه ، فعل به مثل ما فعل صاحبه على أن يعيده .

انظر : الصحاح : ٢/ ٧٦١ ، لسان العرب : ٤/ ٦٢٢ .

واصطلاحا :

عرفها الحنفية بأنها : تمليك المنافع بغير عوض ، أو هى إباحة الانتفاع بملك الغير .

وعرفها الشافعية بأنها : اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها ، بشروط مخصوصة .

وعرفها المالكية بأنها : تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض .

وعرفها الحنابلة بأنها : العين المعارة من مالكها ، أو مالك منفعتها ، أو مأذونها فى الانتفاع بها مطلقا ، أو زمناً معلوماً بلا عوض .

انظر : تبيين الحقائق : ٥/ ٨٣ ، المحلى على المنهاج : ٣/ ١٧ ، مواهب الجليل : ٥/ ٢٦٧ ، كشاف القناع : ٤/ ٦٢ ، أسهل المدارك ٣/ ٢٩ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٣٤٥ - ٣٤٦ .

الأول ؛ روي عن عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [الماعون : ٧] : إنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس ، والدَّلْوِ ، والحبل ، والْقِدْرِ ، وما أشبه ذلك .

[حُكْمُ الْمُعِيرِ]

وَأَمَّا الْمُعِيرُ : فلا يعتبر [فيه] [١] إلا كونه مالكاً للعارية ؛ إما لرقبتها ، وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصح من المستعير ، أعني : أن يعيرها .

[فيمَا تَكُونُ الْعَارِيَةُ ، وَفِيمَا تَحْرُمُ ؟]

وَأَمَّا الْعَارِيَةُ ، فتكون في الدور ، والأرضين ، والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ؛ ولذلك لا يجوز [إعارة] [٢] الجواري للاستمتاع ، ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم .

[صيغة الإعَارَة]

وَأَمَّا صِيغَةُ الإِعَارَةِ : فهي كل لفظ يدل على الإذن .

[مَتَى يَجُوزُ لِلْمُعِيرِ أَنْ يَسْتَرِدَّ عَارِيَتَه] ؟

وهي عقد جائز عند الشافعي ، وأبي حنيفة : أي : للمعير أن يَسْتَرِدَّ عاريته إذا شاء ، وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعُها قَبْلَ الانتفاع ، وإن شرط مُدَّةً ما ، لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة [لزمته] [٣] من المدة ما [يرى] [٤] الناس أنه مدة لمثل تِلْكَ العارية .

وسبب الخلاف : ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة .

[مِنْ أَحْكَامِ الْعَارِيَةِ ، وَهَلْ هِيَ مَضْمُونَةٌ ، أَوْ أَمَانَةٌ ؟]

وَأَمَّا الأَحْكَامُ : فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة ، أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة ، وإن قامت البينة على تَلَفها ؛ وهو قول أشهب ، والشافعي ، وأحد قولي مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مَضْمُونَةً أصلاً ؛ وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما [يغاب] [٥] عليه إذا لم يكن على التلف بَيِّنَةٌ ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما [قامت] [٦] البينة على تلفه ؛ وهو [مذهب][٧] مالك المشهور ، وابن القاسم ، وأكثر أصحابه .

---

(١) سقط في ط .   (٢) في ط : إباحة .   (٣) في الأصل : لزمه .
(٤) في الأصل : يراه .   (٥) في الأصل : يغلب .   (٦) في ط : قام
(٧) في الأصل : قول .

[دَلِيلُ مَنْ قَالَ بِضَمَانِ العَارِيَةِ ، وَمَنْ لَمْ يَقُلْ]

وَسَبَبُ الخِلاف : تعارض الآثار في ذلك ؛ وذلك أنه ورد في الحديث الثابت ؛ أنه قال - عليه الصلاة والسلام - لصفوان بن أمية : « **بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ** » .

وفي بعضها : « **بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ** » (١٠٨٥) ،، وروي عنه أنه قال : « **لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرٍ**

(١٠٨٥) أما الحديث بلفظ : « بل عارية مضمونة » .

فأخرجه أحمد (٣/ ٤٠١) ، وأبو داود (٣/ ٨٢٢) كتاب البيوع : باب تضمين العارية ، حديث (٣٥٦٢) ، والدارقطنى (٣/ ٣٩) كتاب البيوع ، حديث (١٦١) ، والحاكم (٢/ ٤٧) ، والبيهقى (٦/ ٨٩) كتاب العارية : باب العارية مضمونة ، كلهم من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان؛ ابن أمية عن أبيه ؛ أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين ، فقال : أغصبٌ يا محمد ؟؟ فقال : « لا ، بل عارية مضمونة » .

وأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٣) كتاب البيوع : باب تضمين العارية ، حديث (٣٥٦٤) ، والبيهقى (٦/ ٨٩) كتاب العارية : باب العارية مضمونة ، من طريق جرير عن عبد العزيز عن أناس من آل عبد الله بن صفوان ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « يا صفوان هل عندك من سلاح ؟ قال : عارية أم غصبا ، قال: « لا ، بل عارية » فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٨٩ - ٩٠) كتاب العارية : باب العارية مضمونة ، من طريق جعفر بن محمد عن أبيه ؛ أن صفوان بن أمية أعار رسول الله ﷺ سلاحاً هى ثمانون درعاً فقال له : أعارية مضمونة أم غصباً ؟ ، فقال رسول الله ﷺ : « بل عارية مضمونة » .

وفى الباب عن جابر :

أخرجه الحاكم (٣/ ٤٨ - ٤٩) ، والبيهقى (٦/ ٨٩) كتاب العارية : باب العارية مضمونة ، من طريق ابن اسحاق حدثنى عاصم بن عمر بن قتادة عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه جابر بن عبد الله؛ أن رسول الله ﷺ سار إلى حنين - وفيه - ثم بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية فسأله أدرعاً عنده مائة درع وما يصلحها من عدتها فقال : أغصباً يا محمد ؟ فقال : « بل عارية مضمونة حتى نؤديها عليك » ثم خرج رسول الله ﷺ سائراً .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

أما الحديث بلفظ : « بل عارية مؤداة » .

فأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٦) كتاب البيوع : باب تضمين العارية ، حديث (٣٥٦٦) ، وابن حبان (١١٧٣ - موارد) ، وأحمد (٤/ ٢٢٢) ، والدارقطنى (٣/ ٣٩) كتاب البيوع ، حديث (١٥٩) من طريق حبان بن هلال : ثنا همام بن يحيى ، ثنا قتادة عن عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية. قال : قال لى رسول الله ﷺ : « إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً » ، فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة ؟ ، قال : بل عارية مؤداة » .

صححه ابن حبان ، وقال ابن حزم فى « المحلى » (٩/ ١٧٣) : حديث حسن ، ليس فى شئ مما يروى فى العارية خبر يصح غيره .

وقال الحافظ فى « بلوغ المرام » (ص - ١٨٣) رقم (٩١٣) : رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وصححه ابن حبان . أ.هـ .

=

ضَمَانٌ » (١٠٨٦) ،، فمن رجح وأخذ بهذا ، أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان [بن أمية] (١) ألزمه الضَّمَانَ ، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل حديث الضمان على ما يغاب عليه ، وحديث صفوان على ما لا يغاب عليه (٢) ، إلا أن الحديث الذي فيه : « **لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ** » غيرُ مشهور ، وحديث صفوان صحيح ،، ومن لم ير الضَّمَانَ شبهها بالوديعة ، ومن فرق قال: الوديعةُ مقبوضةٌ لمنفعة الدافع ، [والعارية] (٣) لمنفعة القابض .

[الإجَارَةُ غَيْرُ مَضْمُونَة]

وَاتَّفَقُوا فِي الإِجَارَةِ عَلَى أَنَّها غَيْرُ مَضْمُونَة : أعني : الشَّافعي ، وأبا حنيفة ، ومالكاً ،، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه فيً الإجارة ألا يكون ضَمَانٌ في العارية إن سلم أن سَبَبَ الضمان هو الانتفاع ؛ لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما ، [فأحرى ألا يَضْمَنَ حيث قبض لمنفعته] (٤) إذا كانت منفعةُ الدافع مؤثرةً في إسقاط الضمان .

[إذَا شَرَطَ الضَّمَانَ]

وَاخْتَلَفُوا إِذَا شَرَطَ الضَّمَانَ : فَقَالَ قَوْمٌ : يضمن ،، وقال قوم : لا يضمن ، والشرطُ بَاطلٌ ، ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضَّمَانُ أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يُخْرِجُ الْعَارِيَّةَ عن حكم

= وله شاهد من حديث ابن عباس :

أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٨) كتاب البيوع ، حديث (١٥٧) ، والحاكم (٢/ ٤٧) ، والبيهقى (٦/ ٨٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس به .

وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . ووافقه الذهبى .

(١٠٨٦) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤١) كتاب البيوع ، حديث (١٦٨) ، والبيهقى (٦/ ٩١) كتاب العارية: باب من قال : لا يغرم . من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » .

قال الدارقطنى : عمرو وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروى عن شريح القاضى غير مرفوع .

ثم أخرجه عن شريح .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٩١) كتاب العارية : باب من قال : لا يغرم ، عن شريح من قوله .

وقال : هذا هو المحفوظ عن شريح القاضى من قوله ، ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان مرفوعاً .

(١) سقط فى الأصل .

(٢) سقط فى ط .

(٣) فى الأصل : وهذه .

(٤) سقط فى الأصل .

العارية إلى باب الإجارة الفاسدة ، إذا كان صاحبها لم يَرْضَ أن يعيرها ، إلا بأن [يخرجها] (١) في ضمانه ، فهو [عوض] (٢) مجهول ؛ فيجب أن [يرد] (٣) إلى معلوم.

[إِذَا غَرَسَ الْمُسْتَعِيرُ أَوْ بَنَى ، ثُمَّ انْقَضَتْ مُدَّةُ الاسْتِعَارَةِ]

واختلف عن مالك ، والشافعي إذا غَرَسَ المستعيرُ وبنى ، ثم انقضت المدة التي استَعَارَ إليها : فقال مالك: المالك بالخيار إن شَاءَ أَخَذَ المستعير بِقَلْعِ غراسته ، وبنائه ، وإن شاء أعطاه قِيمَتَهُ مَقْلُوعاً إذا كان مما له قِيمَةٌ بعد القلع ،، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط ، أو بالعرف ، أو العادة .

وقال الشافعي : إذا لم يشترط عليه الْقَلْعَ فليس له مطالبته بالقلع ، بل يُخَيَّرُ المعير بأن يُبْقِيَهُ بأجر يعطاه ، أو ينقض بِأرْشٍ ، أو يتملك ببدل ، فأيها أراد المعير ، أجبر عليه المستعير ، فإن أبى كلف تفريغ الملك ،، وفي جواز بيعه للنقض عنده خلاف ؛ لأنه معرض للنقض : فرأى الشافعي إن أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ،، ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة [الشروط] (٤) .

[إن اسْتَعْمَلَ العَارِيَّةَ اسْتِعْمَالاً يُنْقِصُهَا عَنِ الاسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فيه]

وَعِنْدَ مَالك : أنه إن استعمل العارية استعمالاً ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال (٥).

[« اسْتِعَارَةُ الجِدَارِ منَ الْجَارِ لغَرْسِ خَشَبَة ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا لا يَضُرُّ بِالْمُعِيرِ »]

وَاخْتَلَفُوا من هذا الباب في الرجل يَسْأَلُ جاره أن يعيره جداره ؛ ليغرز فيه خشبة

---

(١) فى الأصل : يجوزها .

(٢) سقط فى ط .

(٣) فى الأصل : يرده .

(٤) فى الأصل : الشرط .

(٥) قال السمرقندى الحنفى : لو استعار أرضا أن يبنى فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا ، فإما أن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقاً ، فبنى فيها أو غرس ، فلصاحب الأرض أن يستردها فى أى وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه وبناءه ؛ لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبنائه ويترك ذلك عليه ؛ لأنه لم يوجد منه الغرور ؛ لأن العارية تسترد على كل حال .

وإن كان مؤقتاً ، فله أن يسترد أيضاً ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه ؛ لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه إن لم يضر القلع بأرض المعير ، فأما إذا كان يضر به ، فالخيار للمعير : إن شاء أخذ الغرس والبناء بالضمان ، وإن شاء رضى بالقطع .

ينظر : تحفة الفقهاء : ٣/١٧٩ - ١٨٠ .

لمنفعته، ولا تضر صاحب الجدار ، وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ، ولا ضرر على المعير فيه : فقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُقْضَى [عليه] [1] به ؛ إذ العارية لا يقضى بها،، وقال الشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ، وداود ، وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك،، وحجتهم : ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً في جدَارِه » [١٠٨٧] ، ثم يقول أبو هريرة : ما لي أراكم عنها مُعْرِضِينَ ؟! والله لأَرْمِيَنَّ بها بَيْنَ أكتافكم ،، واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ؛ أن الضحاك بن خليفة ساق خَلِيجاً له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة [2] فأبى محمد ،، فقال له الضحاك: أنت تمنعني ، وهو لك مَنْفَعَةٌ ، تسقي منه أولاً وآخراً، ولا يَضُرُّكَ ، فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يُخَلِّيَ سبيله،، قال محمد: لا ،، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ،، فقال محمد : لا ، فقال

---

(١) فى الأصل : له .

(١٠٨٧) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٥) كتاب الأقضية : باب القضاء فى المرفق ، والبخارى (٥/ ١٣١) كتاب المظالم : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره ، حديث (٢٤٦٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٢٠) كتاب المساقاة : باب غرز الخشب فى جدار الجار ، حديث (١٣٦/ ١٦٠٩) ، وأبو داود (٤/ ٤٩) كتاب الأقضية : باب من القضاء ، حديث (٣٦٣٤) ، والترمذى (٣/ ٦٣٥) كتاب الأحكام : باب الرجل يضع على حائط جاره خشباً ، حديث (١٣٥٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٣) كتاب الأحكام : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، حديث (٢٣٣٥) ، والبيهقى (٦/ ٦٨) كتاب الصلح : باب ارتفاق الرجل بجدار غيره بوضع الجذوع ، من طريق الزهرى عن الأعرج عن أبى هريرة به .

وفى الباب عن ابن عباس :

أخرجه أحمد (١/ ٣١٣) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٣) كتاب الأحكام : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، حديث (٢٣٣٧) من طريق ابن وهب : أخبرنى ابن لهيعة عن أبى الأسود عن عكرمة عن ابن عباس ؛ أن النبى ﷺ قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره » .

قال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٢١٩) : هذا إسناد ضعيف ؛ لضعف ابن لهيعة . . . أ.هـ .

وفى كلامه نظر ؛ فالراوى عن ابن لهيعة هنا عبد الله بن وهب ، وسماع ابن وهب من ابن لهيعة قديم قبل احتراق كتبه .

(٢) محمد بن مسلمة الأنصارى ، الأوسى ، الحارثى ، أبو عبد الله ، من أكابر الصحابة ، شهد بدراً والمشاهد كلها ، له ستة عشر حديثاً . انفرد له البخارى بحديث ، استوطن المدينة واعتزل الفتنة . قال المدائنى : مات سنة سبع وسبعين .

انظر الخلاصة : ٢/ ٤٥٧ (٦٦٥٨) ، وتهذيب التهذيب ٩/ ٤٥٤ ، والثقات ٣/ ٣٦٢ ، والتقريب ٢/ ٢٠٨ .

عمر : والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكَ ، فَأَمَرَهُ عمرُ أن يمر به ، ففعل الضحاك [١] .
وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني [٢] عن أبيه ؛ أنه قال : كان في حائط جَدِّهِ ربيعٌ لعبد الرحمن بن عوف، فأراد أن يُحَوِّلَهُ إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صَاحِبُ الحائطِ ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بِتَحْوِيلِهِ [٣] ،، وقد عذل الشافعي مالكاً لإدخاله هذه الأحاديث في « موطئه » ، وتركه الأخذ بها .

وعمدة مالك ، وأبي حنيفة : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَحِلُّ مَالُ امْرِيءٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ** » [٤] .

عمدة الغير : أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة ،، وعند مالك : أنها مَحْمُولَةٌ على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مخصصة ، وأن تكون على النَّدْبِ ، فَحَمْلُهَا على الندب أَوْلَى ؛ لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جَمْعٌ ، ووقع التعارضُ .

وروى أصبغ عن ابن القاسم ؛ أنه لا يُؤْخَذُ بقضاءِ عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع ؛ وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أَيْسَرُ من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل ،، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

تم والحمد لله

* * *

---

(١) أخرجه مالك فى « الموطأ » ٢/ ٧٤٦ فى الأقضية .

(٢) عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبى حسن المازنى المدنى ، سبط عبد الله بن زيد بن عاصم . عن أبيه وعباد بن تميم . وعن يحيى بن سعيد ، ويحيى بن أبى كثير من أقرانه ، وابن جريج ومالك وخلق . وثقه أبو حاتم والنسائى .

انظر : الخلاصة : ٢/ ٢٩٩ (٥٤١١) ، وتهذيب التهذيب : ٢/ ١٠٥٥ ، والتقريب : ٢/ ٨١ ، والكاشف : ٢/ ٣٤٧ .

(٣) أخرجه مالك فى « الموطأ » ٢/ ٧٤٦ فى الأقضية .

(٤) تقدم .

بسم الله الرَّحْمَن الرَّحيم

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّد ، وآله ، وَصَحْبه ، وَسَلَّمَ تَسْلِيماً

كِتَابُ الْغَصْبِ (١)

---

(١) الغصب لغة : مصدر غصبه يغصبه بكسر الصاد . ويقال : اغتصبه أيضاً ، وغصبه منه ، وغصبه عليه بمعنى ، والشئ غضب ومغصوب ، وهو فى اللغة : أخذ الشئ ظلما ، قاله الجوهرى ، وابن سيده ، وغيرهما من أهل اللغة .

انظر : المصباح المنير : ٢/٦١٣ ، الصحاح : ١/١٩٤ ، المطلع : ٢٧٤ ، المغرب : ٣٤٠ .

واصطلاحاً :

عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه : إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال .

وقال محمد : الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصباً .

عرفه الشافعية بأنه : أخذ مال الغير على وجه التعدى .

وعرفه المالكية بأنه : أخذ مال غير منفعة ظلما قهراً لا بخوف قتال .

وعرفه الحنابلة بأنه : الاستيلاء على مال الغير بغير حق .

انظر : بدائع الصنائع : ٩/٤٤٠٣ ، تبيين الحقائق للزيلعى : ٥/٢٢٢ ، مغنى المحتاج : ٢/٢٧٥، مواهب الجليل : ٥/٢٧٤ ، حاشية الدسوقى : ٣/٤٤٢ ، المغنى : ٥/٢٣٨ ، شرح منتهى الإرادات : ٢/٣٩٩ .

والغصب محرم بالكتاب ، والسنة ، والإجماع :

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ ، وقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ . والغصب ضرب من أكل أموال الناس بالباطل ؛ فيكون محرماً .

أما السنة : فما رواه البخارى وغيره عن أبى بكرة ؛ أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال فى خطبته يوم النحر : « ... فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا ، فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا ، إلى يوم تلقون ربكم » ، وما رواه أبو إسحاق الجوزجانى بسنده عن النبى ﷺ أنه قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ، وما رواه الطبرانى من أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « من غصب شبراً طوقه يوم القيامة من سبع أرضين » . والأحاديث فى ذلك كثيرة .

وأما الإجماع : فقد اتفق المسلمون على تحريم الغصب ، لا يعلم بينهم خلاف فى ذلك .

فمرتكبه آثم يستحق المؤاخذة إذا كان عالماً بأن المال الذى أخذه ليس له ، أما إذا كان يظن أنه ماله، وأخذه ممن هو فى يده غلبة وقهراً ، أو كان جاهلاً بأن اشترى شيئاً ، ثم ظهر استحقاقه ، فلا إثم =

[مَا فيهِ منْ أَبْوَابٍ ، وَفُصُولٍ]

وَفِيهِ بَابَانِ :

الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان :

الأول : الموجب للضمان .

والثاني : ما فيه الضمان .

والثالث : الواجب .

وأما الباب الثاني : فهو في الطواريء على المغصوب .

* * *

= ولا عقوبة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » لكن يجب الضمان على الآخذ مراعاة لحق المالك ، وحفظاً لماله .

الْبَابُ الأَوَّلُ :
فِي الضَّمَانِ (١)
[الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ

الرُّكْنُ الأَوَّلُ : وَأَمَّا الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ ، فَهُوَ : إما المباشرة لأخذ المال المغصوب ، أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه .

---

(١) الضمان لغة : مصدر : ضمن الشئ ضماناً ، فهو ضامن وضمين : إذا كفل به . وقال ابن سيده : ضمن الشئ ضمناً وضماناً ، وضمنه إياه ، كفله إياه ، وهو مشتق من التضمن ؛ لأن ذمة الضامن تتضمن ، قاله القاضى أبو يعلى .

وقال ابن عقيل : الضمان مأخوذ من الضمن ، فتصير ذمة الضامن فى ذمة المضمون عنه .

وقيل : هو مشتق من الضم ؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه ، والصواب : الأول ؛ لأن « لام » الكلمة فى « الضم » ميم ، وفى الضمان « نون » ، وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة فى الفرع .

فالضمان فى اللغة : الحفظ ، ويقال له : ضمانة ، وحمالة ، وكفالة ، قال الله تعالى : ﴿ وكفلها زكريا ﴾ وقال ﷺ : « أنا وكافل اليتيم كهاتين فى الجنة » .

ويقال له أيضاً : زعامة ، وأذانة ، وقبالة . قال الله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيمٌ ﴾ أى : كفيل وضامن ، والزعيم من الزعامة ، وهى السيادة ، فكأن الضامن بكفالته ، صار له على المكفول سيادة ، والأذين من الأذانة بمعنى الإيجاب ؛ لأن الضامن أوجب على نفسه . أو من الإذن ، وهو الإعلام ؛ لأن الكفيل أعلم بأن الحق فى جهته . والقبيل من القبالة ، وهى الحفظ ، ولذلك سمى الصك قبالاً ؛ لأنه يحفظ الحق ، ويسمى الكفيل قبيلاً ؛ لأنه يحفظه أيضاً .

قال صاحب « مختار الصحاح » : والقبيل : الكفيل ، وتقول العرب : هو كفيل بكذا ، وحميل ، وزعيم ، وأذين بمعنى ضمين وحافظ له .

ينظر : تحرير التنبيه : ٢٢٧ ، ولسان العرب : ٤/ ٢٦١٠ .

واصطلاحاً :

عرفه الأحناف بأنه : الكفالة ، وهى : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة .

وعرفه الشافعية بأنه : التزام ما فى ذمة الغير من المال .

وعرفه المالكية بأنه : شغل ذمة أخرى بالحق .

وعرفه الحنابلة بأنه : التزام من يصح تبرعه .

انظر : شرح فتح القدير ٧/ ١٦٣ ، المحلى على المنهاج ٢/ ٣٢٣ ، مواهب الجليل ٥/ ٩٦ ، الإقناع ٢/ ٣٧ ، كشاف القناع ٣/ ٣٦٢ ، أسهل المدارك ٣/ ١٩ .

السَّبَبُ الَّذي يَحْصُلُ بمُبَاشَرَته الضَّمَانُ]

وَاخْتَلَفُوا فِي السَّبَبِ الَّذِي يَحْصُلُ بِمُبَاشَرَته الضَّمَانُ إذا تناول التلف بواسطة سبب[١] آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يَفْتَحَ قَفَصاً فيه طائرٌ، فيطير بعد الفتح .

فقال مالك : يضمنه ، هَاجَهُ على الطيران ، أو لم يهجه .

[وقال أبو حنيفة : لا يضمن على حال] [٢] ، وفرق الشافعي بين أن يهيجه على الطيران ، أو لا يهيجه : فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ،، ومن هذا من حَفَرَ بئراً فسقط فيه شَيْءٌ فهلك ، فمالك ، والشافعي يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حَفْرُهُ تَعَدِّياً ، ضمن ما تلف فيه ، وإلا لم يضمن ،، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مسألة الطائر ،، وهل يشترط في المباشرة العمد ، أو لا يشترط؟ فالأشهر أن [الأموال] [٣] تضمن عمداً وخطأ.

[هَلْ عَلَى الْمُكْرَه ضَمَانٌ ؟]

وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم [عن] [٤] الشافعي أنه يشترط أن يكون مختاراً ؛ ولذلك [رأى] [٥] على المكره الضمان ، أعني: المكره على الإتْلاف .

[مَا يَجبُ فيه الضَّمَانُ]

الرُّكْنُ الثَّانِي : وَأَمَّا مَا يَجبُ فيه الضَّمَانُ ، فهو كل مال أتلفت عينه ، أو تَلِفَتْ عند الغاصب عينه بأمر من السماء ، أو سلطت اليد عليه ، وتملك ؛ وذلك فيما ينقل ، ويحول باتفاق .

واختلفوا فيما لا ينقل ، ولا يحول مثل : العقار : [فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعنى : أنها إن انهدمت الدار ، ضمن قيمتها] [٦] .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن [٧] .

---

(١) فى الأصل : تلف . (٢) سقط فى الأصل . (٣) فى الأصل : الأقوال .

(٤) فى الأصل : عند . (٥) فى الأصل : يرى . (٦) سقط فى ط .

(٧) قال ابن قدامة : إذا غصب العقار من الأراضى والدور ويجب ضمانها على غاصبها ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وبه قال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن . وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شئ ، وظاهر هذا : أنها لا تضمن بالغصب .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يتصور غصبها ، ولا تضمن بالغصب ، وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف ؛ لأنه لا يوجد فيها النقل والتحريم ، فلم يضمنها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع =

وسبب [اختلافهم] [(١)] : هل كون يَدِ الغاصب على العقار مثل كَوْنِ يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً ، قال بالضمان ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً ، قال : لا ضمان .

[الْوَاجِبُ عَلَى الْغَاصِبِ رَدُّ الْمَالِ الْقَائِمِ بِعَيْنِه]

الرُّكْنُ الثَّالِثُ : وَهُوَ الْوَاجِبُ فِي الْغَصْبِ : والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ، ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه .

[إِذَا ذَهَبَتْ عَيْنُهُ ، وَكَانَ مَكِيلاً أَوْ مَوزُوناً]

فَإِذَا ذَهَبَتْ عَيْنُهُ ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلاً ، أو موزوناً أن على الغاصب المثل ، أعني مثل ما استهلك صفَةً ، ووَزْناً .

[الْقَوْلُ فِى الْعُرُوضِ الْمَغْصُوبِ]

وَاخْتَلَفُوا فِى الْعُرُوضِ : فقال مالك : لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره ، إلا بالقيمة يَوْمَ اسْتُهْلِكَ .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وداود : الواجب في ذلك المثل ، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل ، ، وعمدة مالك : حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ : « **مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ فِى عَبْدٍ، قُوِّمَ عَلَيْهِ البَاقِى قِيمَةَ الْعَدْلِ** .... » [(١٠٨٨)] الحديث .

= لأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك فى العقار. ينظر : المغنى ٥/ ٢٤١ .

(٢) فى الأصل : الخلاف .

(١٠٨٨) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٢) كتاب العتق والولاء : باب من أعتق شركاء له فى مملوك ، حديث (١) .

ومن طريق مالك أخرجه الشافعى فى « مسنده » (٢/ ٦٦) كتاب العتق : باب ما جاء فى العتق وحق المملوك ، حديث (٢١٧) ، والبخارى (٥/ ١٥١) كتاب العتق : باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، حديث (٢٥٢٢) ، ومسلم (٢/ ١١٣٩) كتاب العتق ، حديث (١/ ١٥٠١) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٦) كتاب العتق : باب من روى أنه لا يستسعى ، حديث (٣٩٤٠) ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٢٥٢٨) ، وابن الجارود فى « المنتقى » حديث (٩٧٠) ، وأبو يعلى (١٠/ ١٧٧) رقم (٥٨٠٢) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما ، وأحمد (٢/ ١١٢ ، ١٥٦) ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٤) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً فى عبد وهو موسر ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٩/ ١٦٠) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » . =

... ...

= وقد اختلف فى زيادة « فقد عتق منه ما عتق » هل هى من قوله ﷺ أم هى من قول نافع . وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بهذه الزيادة من قول النبى ﷺ كمالك ، وجرير بن حازم ، وعبيد الله ابن عمر ، وإسماعيل بن أمية .

أما رواية مالك فقد تقدمت ، وهى الرواية السابقة .

وأما رواية جرير بن حازم :

فأخرجها مسلم (٣/١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركا له فى عبد ، حديث (٤٩/١٥٠١)، وأحمد (٢/١٠٥) ، والبيهقى (١٠/٢٧٩) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً فى عبد وهو معسر ، كلهم من طريق جرير بن حازم عن نافع عن ابن عمر به بلفظ : « من أعتق نصيباً له فى عبد ، فكان له من المال قدر ما يبلغ قيمته ، قوم عليه قيمة عدل ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » .

وأما رواية عبيد الله بن عمر :

فأخرجها البخارى (٥/١٥١) كتاب العتق : باب إذا أعتق عبد بين اثنين ، حديث (٢٥٢٣) ؛ ومسلم (٣/١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٤٨/١٠٥١) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق : باب من روى أنه لا يستسعى ، حديث (٣٩٤٣) ، وأحمد (٢/١٤٢)، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/١٠٦) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما ، والدارقطنى (٤/١٢٣ - ١٢٤) كتاب المكاتب ، حديث (٧) ، والبيهقى (١٠/ ٢٨٠) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو معسر ، كلهم من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شركاً له فى مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه ، فإن لم يكن له مال يقوم عليه قيمة عدل على المعتق ، فأعتق منه ما أعتق » . هذا لفظ البخارى .

وأما رواية إسماعيل بن أمية :

فأخرجها الدارقطنى (٤/١٢٣ - ١٢٤) كتاب المكاتب ، حديث (٧) من طريق إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شركاً له فى عبد أقيم عليه قيمه عدل فأعطى شركاءه ، وعتق عليه العبد إن كان موسراً ، وإلا عتق منه ما عتق ، ورق ما بقى » .

ومن هذه الروايات نجد أنه قد اتفق على رواية هذا الحديث بزيادة : « وإلا عتق منه ما عتق » كل من مالك ، وجرير بن حازم ، وعبيد الله بن عمر ، وإسماعيل بن أمية .

وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بدون هذه الزيادة وهم جويرية بن أسماء ، ومحمد بن إسحاق ، والليث بن سعد ، وموسى بن عقبة ، وابن أبى ذئب ، وصخر بن جويرية ، والزهرى ، وأسامة بن زيد ، وهشام ابن سعد .

رواية جويرية بن أسماء :

أخرجه البخارى (٥/١٣٧) كتاب الشركة : باب الشركة فى الرقيق ، حديث (٢٥٠٣) ، وأبو داود (٤/٢٥٧) كتاب العتق : باب من روى أنه لا يستسعى ، حديث (٣٩٤٥) ، والبيهقى (١٠/٢٧٧) كتاب العتق : باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة ، من طريق جويرية بن أسماء .

رواية محمد بن إسحاق :

أخرجها الطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/١٠٥) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما ، من طريق محمد بن إسحاق .

....

= رواية الليث بن سعد :

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) ، وأحمد (٢/ ١٥٦) ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر، من طريق الليث بن سعد .

رواية موسى بن عقبة :

أخرجها البخارى (٥/ ١٥١) كتاب العتق : باب إذا أعتق عبد بين اثنين ، حديث (٢٥٢٥) ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر ، من طريق موسى ابن عقبة .

رواية ابن أبى ذئب :

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركا له فى عبد ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما ، والبيهقى (١٠/ ١٧٥) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر ، كلهم من طريق ابن أبى ذئب .

رواية صخر بن جويرية :

أخرجها الدارقطنى (٤/ ١٢٩) كتاب المكاتب ، الحديث (١٣) ، والطحاوى (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما ، من طريق صخر .

رواية الزهرى :

أخرجها الدارقطنى (٤/ ١٢٣) كتاب المكاتب ، حديث (٦) من طريق الزهرى .

رواية أسامة بن زيد :

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٤٩/ ١٥٠١)، والبيهقى (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق : باب من أعتق شركا له فى عبد وهو موسر ، من طريق أسامة بن زيد .

رواية هشام بن سعد :

أخرجها البيهقى (١٠/ ٢٧٧) كتاب العتق : باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة ، من طريق هشام بن سعد ، كلهم عن نافع عن ابن عمر دون هذه الزيادة .

وقد رواه أيوب ويحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر ، وقد شكَّا فى كونها مرفوعة أو هى من قول نافع .

رواية أيوب :

أخرجها البخارى (٥/ ١٥١) كتاب العتق : باب إذا أعتق عبد بين اثنين ، حديث (٢٥٢٤) ، ومسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٤٩/ ١٥٠١) ، وأحمد (٢/ ١٥) ، وعبد الرزاق (٩/ ١٥١) رقم (١٦٧١٥) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق : باب من روى أنه لا يستسعى ، حديث (٣٩٤٢) ، والترمذى (٣/ ٦٢٩) كتاب الأحكام : باب العبد يكون بين الرجلين ، حديث (١٣٤٦) ، والنسائى (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع : باب الشركة فى الرقيق ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٦ - ٢٧٧) كتاب العتق : باب يكون حراً يوم تكلم بالعتق ، كلهم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر=

... ...

= عن النبى ﷺ قال : « من أعتق نصيباً له فى مملوك أو شركاً له فى عبد ، فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل ، فهو عتيق » ، قال نافع : وإلا فقد عتق منه ما عتق . قال أيوب : لا أدرى أشئ قاله نافع أو شئ فى الحديث . لفظ البخارى .

وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح .

رواية يحيى بن سعيد :

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٤٩/ ١٥٠١)، والبيهقى (١٠/ ٢٧٧) كتاب العتق : باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة ، من طريق يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر بمثل رواية أيوب .

قال يحيى : لا أدرى شيئاً من قبله كان يقوله - أى نافع - أم هو شئ فى الحديث .

قال الحافظ ابن حجر فى « الفتح » (٥/ ١٨٤) : هذا شك من أيوب فى هذه الزيادة المتعلقة بحكم المعسر ، هل هى موصولة مرفوعة أو منقطعة مقطوعة ، وقد رواه عبد الوهاب عن أيوب فقال فى آخره: وربما قال : وإن لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق ، وربما لم يقله ، وأكثر ظنى أنه شئ يقوله نافع من قبله ، أخرجه النسائى ، وقد وافق أيوب على الشك فى رفع هذه الزيادة يحيى بن سعيد عن نافع ، أخرجه مسلم والنسائى .

ولفظ النسائى : وكان نافع يقول قال يحيى : لا أدرى أشئ كان من قبله يقوله أم شئ من الحديث، فإن لم يكن عنده فقد جاز ما صنع . ورواها من وجه آخر عن يحيى فجزم أنها عن نافع وأدرجها فى المرفوع من وجه آخر ، وجزم مسلم بأن أيوب ويحيى قالا : لا ندرى أهو فى الحديث أو شئ قاله نافع من قبله . ولم يختلف عن مالك فى وصلها ولا عن عبيد الله بن عمر ، لكن اختلف عليه فى إثباتها وحذفها كما تقدم ، والذين أثبتوها حفاظ ، فإثباتها عن عبيد الله مقدم ، وأثبتها أيضا جرير بن حازم كما سيأتى ، وإسماعيل بن أمية عند الدارقطنى ، وقد رجح الأئمة رواية من أثبت هذه الزيادة مرفوعة قال الشافعى : لا أحسب عالماً بالحديث يشك فى أن مالكا أحفظ لحديث نافع من أيوب ؛ لأنه كان ألزم له منه حتى ولو استويا فشك أحدهما فى شئ لم يشك فيه صاحبه كانت الحجة مع من لم يشك ، ويؤيد ذلك قول عثمان الدارمى : قلت لابن معين : مالك فى نافع أحب إليك أو أيوب ؟ قال : مالك أ.هـ .

وقد توبع نافع على هذا الحديث ، تابعه سالم بن عبد الله بن عمر :

أخرجه البخارى (٥/ ١٧٩) كتاب العتق : باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ، حديث (٢٥٢١) ، ومسلم (٣/ ١٢٨٧) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، حديث (٥٠ ، ٥١/ ١٥٠١) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٨) كتاب العتق : باب من روى أنه لا يستسعى ، حديث (٣٩٤٦) ، والترمذى (٣/ ٦٢٩) كتاب الأحكام : باب العبد يكون بين الرجلين ، حديث (١٣٤٧) ، والنسائى (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع: باب الشركة فى الرقيق ، وأحمد (٢/ ٣٤) ، وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠) رقم (١٦٧١٢) ، والحميدى (٢/ ٢٩٥) رقم (٦٧٠) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين الرجلين، وابن حبان (٤٣١٢ - الإحسان) ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر ، كلهم من طريق سالم عن أبيه عن النبى ﷺ قال : « من أعتق عبداً بين اثنين فإن كان موسراً قوم عليه ثم يعتق » .

قال الترمذى : حسن صحيح .

ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل ، وألزمه القيمة .

وعمدةُ الطائفة الثانية : قولُه تعالى : ﴿ فَجزاءٌ مِّثْلُ ما قَتلَ منَ النَّعَمِ﴾ [المائدة : ٩٥]؛ ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند [المعتدى] (١) عليه ،، ومن الحجة لهم : ما خرجه أبو داود من حديث أنس ، وغيره : « أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ كَانَ عنْدَ بَعْضِ نسائه ، فَأَرْسَلَتْ إحْدَى أُمَّهَات الْمُؤْمنينَ جَاريَةً بقَصْعَة لَهَا فيهَا طَعَامٌ ،، قَالَ : فَضَرَبَتْ بيَدَهَا فَكَسَرَت القَصْعَةَ ، فَأَخَذَ النَّبيُّ ﷺ الكَسْرَتَيْن فَضَمَّ إحْدَاهُمَا إلَى الأُخْرَى ، وَجعَلَ فيهَا [جَميعَ] (٢)الطَّعَام ، ويَقُولُ : غَارَتْ أُمُّكُمْ ، كُلُوا كُلُوا ، حَتَّى جَاءَتْ قَصْعَتُهَا الَّتى فى بَيْتهَا ، وَحَبَسَ رَسُولُ الله ﷺ القَصْعَةَ حَتَّى فرَغُوا ، فَدَفَعَ الصَّحْفَةَ الصَّحيحَةَ إلَى الرَّسُول ، وَحَبَسَ [الْمكْسُورَةَ] (٣) فى بَيْته » ،، وفى حديث آخر : « أَنَّ عَائشَةَ [كَانَتْ هي] (٤) الَّتى غَارَتْ، وكَسَرَت الإنَاءَ ، وأَنَّهَا قَالَتْ لرَسُول الله ﷺ : مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ قَالَ : إنَاءٌ مثْلُ إنَاء ، وَطَعَامٌ مثْلُ طَعَامٍ » (١٠٨٩) .

* * *

---

(١) فى الأصل : المتعدى . (٢) سقط فى الأصل .

(٣) فى الأصل : المكسرة . (٤) سقط فى الأصل .

(١٠٨٩) أما الحديث الأول وهو حديث أنس بن مالك :

فأخرجه البخارى (٩/ ٣٢٠) كتاب النكاح : باب الغيرة ، حديث (٥٢٢٥) ، وأبو داود (٣/ ٨٢٦) كتاب البيوع : باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله ، حديث (٣٥٦٧) ، والنسائى (٧/ ٧٠) كتاب عشرة النساء : باب الغيرة ، والترمذى (٣/ ٦٤٠) كتاب الأحكام : باب فيمن يكسر له الشىء ما يحكم له ، حديث (١٣٥٩) ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٢) كتاب الأحكام : باب الحكم فيمن كسر شيئاً ، حديث (٢٣٣٤) ، وأحمد (٣/ ١٠٥) ، والدارمى (٢/ ٢٦٤) كتاب البيوع : باب من كسر شيئاً فعليه مثله ، وأبو يعلى (٦/ ٨٥ - ٨٦) رقم (٣٣٣٩) .

أما الحديث باللفظ الثانى :

فقد أخرجه أحمد (٣/ ٢٦٣) ، وأبو داود (٣/ ٨٢٧) كتاب البيوع : باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، حديث (٣٥٦٨) ، والطبرانى فى « الصغير » (١/ ٢٠٥ - ٢٠٦) .

الْبَابُ الثَّاني :
فِي الطَّوَارِيءِ

[الطَّوَارِيءُ عَلَى المَغْصُوبِ إمَّا بزيَادَة ، أَوْ نُقْصَان]

وَالطَّوَارِيءُ عَلَى المَغْصُوبِ : إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما مِنْ قِبَلِ المخلوق ، وإما من قبل الخالق .

[الطَّوَارِيءُ بنُقْصَان يَكُونُ بأَمْرِ السَّمَاء]

فَأَمَّا النُّقْصَانُ الَّذِى يَكُونُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ : فإنه ليس له إلاَ أن يأخذه ناقصاً ، أو يضمنه قيمته يوم الغصب .

وقيل: إن له أن يأخذ ، وَيَضْمَنُ الْغَاصِبُ قِيمَةَ الْعَيْبِ .

[إذَا كَان النَّقْصُ بجنَايَة الغَاصب]

وَأَمَّا إِنْ كَانَ النَّقْصُ بِجنَايَة الغَاصب ، فالمغصوب مُخَيَّرٌ في المذهب بين أن يُضَمِّنَهُ القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجنايةُ يوم الجناية عند ابن القاسم ، وعند سحنون ، وما نقصته الجناية يوم الغصب ،، وذهب أشهب إلى أنه مُخَيَّرٌ بين أن يضمنه القيمة ، أو يأخذه ناقصاً ، ولا شيء له في الجناية ؛ كالذي يصاب بأمر من السماء ؛ وإليه ذهب ابن المواز .

والسَّبَبُ فِي هَذَا الاخْتلاف : أن مَنْ جَعَلَ المغصوبَ مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب ، جعل ما حدَث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث في مِلْكٍ صَحِيحٍ ، فأوجب له الغلة ، ولم يوجب عليه في النقصان شيئاً ، سواء كان من سببه ، أو من عند الله ؛ وهو قياس قول أبي حنيفة [1] .

---

(١) قال ابن قدامة : إن غصب عبداً فسمن سمناً نقصت به قيمته ، أو كان شاباً فصار شيخاً ، أو كانت الجارية ناهداً فسقط ثدياها – وجب أرش النقص .

لا نعلم فيه خلافا ، فإن كان العبد أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته ، وجب ضمان نقصه . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه ؛ لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً ، فأشبه الصناعة المحرمة .

وبالجملة : فقياسُ قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ، ومن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بقيمته في كل أَوَانٍ كانت يده عليه آخِذَةً بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة ، وضمان النقصان ، سواء كان من فِعْلِهِ ، أو من عند الله ؛ وهو قول الشافعي ، أو قياس قوله ،، ومن فَرَّقَ بين الجناية التي تكون [من الغاصب ، وبين الجناية التى تكون] [١] بأمر من السماء ؛ وهو مشهور مذهب مالك ،، وابن القاسم فعمدته قياس الشبه ؛ لأنه رَأَي أَنَّ جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غَصْبٌ ثانٍ مُتكرر منه ، كما لو جنى عليه ، وهو في ملك صاحبه ،، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب ، فقف عليه .

[إذَا كَانَت الجِنَايَةُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الغَاصِبِ]

وَأَمَّا إِنْ كَانَت الجِنَايَةُ عِنْدَ الغَاصِبِ مِنْ غَيْرِ الغَاصِب : فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين أن يترك الغاصب ، ويتبع الجاني بحكم الجنايات ،، فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب .

[الجِنَايَةُ عَلَى العَيْنِ مِنْ غَيْرِ غَصْبٍ]

وأَمَّا الجِنَايَةُ عَلَى الْعَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَغْصبهَا غَاصِبٌ : فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين: جناية تُبْطِلُ يسيراً من المنفعة ، والمقصود من [الشيء] [٢] باقٍ ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحاً ، ويقوم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين .

وَأَمَّا إِنْ كَانَت الجِنَايَةُ مِمَّا تُبْطِلُ الغَرَضَ المَقْصُودَ : فإن صَاحِبَهُ يكون مخيراً إن شاء أسلمه للجاني ، وأخذ قيمته ،، وإن شاء أخذ قيمة الجناية .

= وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده ، أو عفن وخشى تلفه ، فعليه ضمان نقصه ، وهذا منصوص الشافعى ، وله قول آخر : أنه لا يضمن نقصه . وقال القاضى : لا يلزمه بدله ؛ لأنه لا يعلم قدر نقصه ، وكلما نقص شيئاً ضمنه ؛ لأنه يستند إلى السبب الموجود فى يد الغاصب ، فكان كالموجود فى يده . وقال أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شئ له ، أو تسليمه إلى الغاصب، ويأخذ منه قيمته ؛ لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة ، وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز ردئ ودرهم .

ينظر : المغنى ٥/ ٢٥٢ .

(١) سقط فى ط .　　　　(٢) فى الأصل : السلعة .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية.

وَسَبَبُ الاخْتِلاف : الالْتِفَاتُ إلى الحمل على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين .

[القَوْلُ في النَّمَاء في الغَصْبِ إذَا كَانَ بِفعْلِ الله ، أَوْ بِمَا يَفْعَلُهُ الغَاصِبُ]

وأَمَّا النَّمَاءُ فَإِنَّهُ عَلَى قِسْمَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر ، والمهزول يسمن ، والعيب يذهب .

والثاني : أن يكون مما أحدثه الغاصِب ، ، فأما الأول فإنه ليس بِفَوْتٍ ، وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب ؛ فإنه ينقسم – فيما رواه ابن القاسم عن مالك – إلى قسمين :

أَحَدُهُمَا : أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة ؛ كالصبغ في الثوب ، والنقش في [البِنَاء] [(١)] ، وما أشبه ذلك .

وَالثَّاني : أَلا يَكُونَ قد جعل فيه من ماله سِوَى العمل ؛ كالخياطة ، والنسج ، وطحن الحنطة ، والخشبة يعمل منها توابيت .

[إِنْ جَعَلَ الغَاصِبُ فِي الْمَغْصُوب مِنْ مَاله]

فَأَمَّا الوَجْهُ الأَوَّلُ : وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ فيه مِنْ مَاله مَا له عَيْنٌ قَائمَةٌ ، فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ [إِلَى قِسْمَيْنِ][(٢)] : **أَحَدُهُمَا** : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله ؛ كالبقعة يبنيها ، وما أشبه ذلك .

وَالثَّاني : أَلا يقدر على إعادته ؛ كالثوب يصبغه ، والسويق يلته ، والجلد يدبغه .

فأما الوجه الأول : فالمغصوب منه مُخَيَّرٌ بين أن يَأْمُرَ الغاصبَ بإعادة البقعة على حالها، وإزالة ما له فيها مما جعله من نقص أو غيره ، وبين أن يُعْطِيَ الْغَاصِبَ قيمةَ ماله فيها من النقص مقلوعاً بعد حَطِّ أَجْرِ الْقَلْعِ ، وهذا إذا كان الغاصبُ ممن لا يتولى بنفسه، ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ، ، وقيل : إنه لا يَحُطُّ من ذلك أَجْرَ القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء ؛ لأن من حَقِّ المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال .

---

(١) فى الأصل : البنان .

(٢) فى الأصل : على وجهين .

وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّانِي : فهو مخير بين أن يدفع فيه قيمة الصبغ ، وما أشبه ، ويأخذ ثوبه ، وبين أن يُضَمِّنَهُ قيمةَ الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلته في السمن ، وما أشبه ذلك من الطعام فلا [يخير] (١) فيه ؛ لما يدخله من الربا ، ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له.

[إِذَا لَمْ يُحْدِثْ فِيمَا اغْتَصَبَهُ سِوَى العَمَلِ]

وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّانِي مِنَ التَّقْسِيمِ الأَوَّلِ : وهو ألا يكون أَحْدَثَ الغاصبُ فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل ؛ فإن ذلكَ [أيضاً] (٢) ينقسم قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب، [أو] (٣) الرَّفْوِ له .

والثاني : أن يكون العملُ كثيراً ينتقل به الشيءُ المغصوبُ عن اسمه ؛ كالخشبة يعمل منها [تابوتاً] (٤) ، والقمحِ يطحنه ، والغزل ينسجه ، والفضة يصوغها حلياً ، أو دراهم .

فأما الوجه الأول : فلا حَقَّ فيه للغاصب ، وَيَأْخُذُ المغصوبُ منه الشَّيْءَ المغصوب معمولاً .

وأما الوجه الثاني : فهو فَوْتٌ يلزم الغاصب قيمة المغصوب يوم غصبه ، أو مثله فيما له مثل .

هذه تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ، وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب .

أصله : مسألة البنيان ؛ فيقول : إنه لا حَقَّ للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ ، والرفو ، والنسج ، والدباغ ، و[الطحين] (٥) ،، وقد روى ابن القاسم أن الصبغ تَفْوِيتٌ يُلْزِمُ الغاصبَ فيه القيمةَ يوم الْغَصْبِ ،، وقد قيل : إنهما يكونان شريكين، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أَبَى رَبُّ الثوبِ أن يدفع قيمة الصبغ، وإن أبى الْغَاصِبُ أن يَدْفَعَ قيمةَ الثوب ،، وهذا القول أنكره ابن القاسم في « المدونة » في كتاب « اللُّقَطَة » ، وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة [جلية](٦) ،، وقول الشافعي في الصبغ [مثل] (٧) قول ابن القاسم ، إلا أنه يجيز الشركة بينهما ، ويقول : إنه يؤمر الغاصب [بقلب] (٨) الصبغ إن أمكنه ، وإن نقص الثوب ، ويضمن

---

(١) فى الأصل : تخيير .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : إلى .
(٤) فى الأصل : أبواباً .
(٥) فى الأصل : الطحن .
(٦) سقط فى الأصل .
(٧) سقط فى ط .
(٨) فى الأصل : بقلع .

للمغصوب مقدار النقصان ،، وأصول الشرع تقتضي ألا [يُسْتَحَلَّ] [(١)] مالُ الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عيناً ، إلا أن يحتج محتج بقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لَيْسَ لعرقِ ظَالِمٍ حَقٌّ** » [(١٠٩٠)] ، لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول ليس

---

(١) في الأصل : يستحيل .

(١٠٩٠) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٣) كتاب الأقضية : باب القضاء فى عمارة الموات ، حديث (٢٦) عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً .

قال ابن عبد البر فى « التمهيد » (٢٢/ ٢٨٠) : وهذا الحديث مرسل عند جماعة ، الرواة عن مالك لا يختلفون فى ذلك ، واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلاً - كما رواه مالك وهو أصح ما قيل فيه إن شاء الله - وروته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد ، وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر ، وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر ، وبعضهم يقول فيه : عن هشام عن عبيد الله بن أبى رافع عن جابر ، وفيه اختلاف كثير. . . أ.هـ .

وقدروى هذا الحديث مرسلاً أيضاً أبو عبيد القاسم بن سلام فى « الأموال » (ص - ٢٦٤) رقم (٧٠٤) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحى وأبى معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به .

وأخرجه مرسلاً أيضاً البيهقى (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات : باب من أحيا أرضاً ميتة ، من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به .

فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحى فى رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً .

وقد توبع هشام بن عروة أيضاً فى روايته لهذا الحديث ، تابعه أخوه يحيى بن عروة عن أبيه مرسلاً :

أخرجه أبو عبيد فى « الأموال » (ص - ٢٦٤ - ٢٦٥) رقم (٧٠٧) ، والبيهقى (٦/ ١٤٢) من طريق محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة به .

وقد خالف هؤلاء كلهم إسماعيل بن أبى أويس وابن الأجلح .

أما مخالفة إسماعيل بن أبى أويس :

فقد أخرجها أبو يعلى كما فى « نصب الراية » (٤/ ٢٨٨) قال : حدثنا زهير ، ثنا إسماعيل بن أبى أويس ، حدثنى أبى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٦٠ - ١٦١) وقال : رواه كله الطبرانى فى « الأوسط » بإسنادين فى أحدهما عصام بن داود بن الجراح ، قال الذهبى : لينه أبو أحمد الحاكم ، وبقية رجاله ثقات ، وفى إسناد الآخر راو كذاب . أ.هـ .

أما مخالفة ابن الأجلح :

فقد أخرجها القضاعى فى « مسند الشهاب » (٢/ ٢٠٣) رقم (١١٨٧) من طريق يحيى بن المنذر : ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به .

وقد توبع هشام على هذا الحديث أيضا ، تابعه الزهرى عن عروة عن عائشة به :

أخرجه أبو داود الطيالسى (١٣٩٥) ، والدارقطنى (٤/ ٢١٧) كتاب الأقضية : رقم (٥٠) ، والبيهقى (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات : باب من أحيا أرضاً ميتة ، وابن عبد البر فى « التمهيد » (٢٢/ ٢٨٣) كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : =

... ...

= « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، فمن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له ، وليس لعرق ظالم حق » .

وزمعة بن صالح :

قال البخارى فى « التاريخ الكبير » (٣/ ١٥٠٥) : يخالف فى حديثه ، تركه ابن مهدى أخيراً .

وقال فى « علل الترمذى » (ص - ١٥٨) : هو منكر الحديث كثير الغلط .

وقال الترمذى فى « السنن » (٣٧٨٤) : ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه .

وقال النسائى فى « الضعفاء والمتروكين » (٢٢٠) : ليس بالقوى ، مكى كثير الغلط عن الزهرى .

والحديث ذكره ابن أبى حاتم فى « العلل » (١/ ٤٧٤) رقم (١٤٢٢) وقال : سألت أبى عن حديث رواه أبو داود عن زمعة عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، من أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له ، وليس لعرق ظالم حق » . قال أبى : هذا حديث منكر ، إنما يرويه من غير حديث الزهرى عن عروة مرسلاً . أ.هـ .

وقال ابن عبد البر فى « التمهيد » (٢٢/ ٢٨٣) : هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح فى إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه . أ.هـ .

لكن لهذا الحديث شاهد من حديث فضالة بن عبيد ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٦٠) عنه قال : قال رسول الله ﷺ: « الأرض أرض الله ، والعباد عباد الله ، من أحيا مواتا فهو له » .

قال الهيثمى : رواه الطبرانى فى « الكبير » ورجاله رجال الصحيح . أ.هـ .

ذكر الاختلاف على هشام فى هذا الحديث وتوضيح كلام ابن عبد البر :

قال ابن عبد البر : وروته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد .

وهذا الطريق أخرجه الترمذى (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام : باب ما ذكر فى إحياء الأرض الموات ، حديث (١٣٧٨) ، وأبو داود (٢/ ١٩٤) كتاب الخراج والفئ والإمارة : باب فى إحياء الموات ، حديث (٣٠٧٣) ، وأبو يعلى (٢/ ٢٥٢) رقم (٩٥٧) ، والبزار كما فى « نصب الراية » (٤/ ٢٨٩) ، والبيهقى (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات : باب من أحيا أرضا ميتة ، وابن عبد البر فى « التمهيد » (٢٢/ ٢٨١) كلهم من طريق عبد الوهاب الثقفى عن أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبى ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

وقال الترمذى : حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً .

وقال البزار : لا نعلم أحداً قال : عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد إلا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام .

وقد حكم الألبانى فى « الإرواء » (٥/ ٣٥٤) على هذا الطريق بالشذوذ ؛ لمخالفة مالك ومن معه فى روايته مرسلاً .

وكلام البزار عقب الحديث يشعر بهذا الشذوذ .

قال ابن عبد البر : وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر :

أخرجه الترمذى (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام : باب ذكر ما جاء فى إحياء الأرض الموات ، حديث (١٣٧٨ - مكرر) ، وأحمد (٣/ ٣٠٤) ، وأبو يعلى (٤/ ١٣٩) رقم (٢١٩٥) ، وابن حبان (١١٣٩ - موارد) من طرق عن هشام بن عروة عن وهب بن كيسان عن جابر ؛ أن النبى ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » . =

... ...

قال الترمذى : حسن صحيح .

وصححه ابن حبان .

وقال الألبانى فى « الصحيحة » (٢/ ١٠٧) : وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين .

وزاد فى « الإرواء » (٦/ ٤) : ولا يضر اختلاف الرواة فى إسناده على هشام ؛ لاتفاق جماعة من الثقات على روايته عنه هكذا ، ومن الظاهر أن لهشام فيه عدة أسانيد هذا أحدها .

قال ابن عبد البر : ورونه طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر :

أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٧) ، والدارمى (٢/ ٢٦٧) كتاب البيوع : باب من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وأبو عبيد فى « الأموال » (ص - ٢٦٤) رقم (٧٠٢) ، وابن حبان (١١٣٧ - موارد) من طريق هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر به .

وعبيد الله بن عبد الرحمن ذكره ابن حبان فى « الثقات » .

وقال الحافظ فى « التقريب » (١/ ٥٣٦) : مستور .

وينتهى إلى هنا توضيح كلام ابن عبد البر ، وهناك وجوه أخر فى الاختلاف على هشام بن عروة فى هذا الحديث :

فقد أخرجه الطبرانى فى « الأوسط » كما فى « نصب الراية » (٤/ ٢٨٩) من طريق مسلم بن خالد الزنجى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن النبى ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

قال الطبرانى : تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبد الله بن عمرو .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٦١) وقال : رواه الطبرانى فى « الأوسط » وفيه مسلم بن خالد الزنجى وثقه ابن معين وغيره ، وضعفه أحمد وغيره .

وفى الباب عن جماعة من الصحابة منهم عمرو بن عبيد ، وفضالة بن عبيد ، وسمرة ، وعبادة بن الصامت ، وأبو أسيد ، وابن عباس .

حديث عمرو بن عوف :

أخرجه الطبرانى فى « الكبير » كما فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٦٠) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعاً بمثل حديث سعيد بن زيد .

وقال الهيثمى : رواه الطبرانى فى « الكبير » وفيه كثير بن عبد الله ، وهو ضعيف .

والحديث ذكره الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ٢٩٠) وعزاه لابن أبى شيبة والبزار فى مسنديهما والطبرانى فى معجمه .

حديث فضالة بن عبيد : تقدم تخريجه .

حديث سمرة :

أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٥) كتتب الخراج والفئ والإمارة : باب فى إحياء الموات ، حديث (٣٠٧٧)، وأحمد (٥/ ١٢ ، ٢١) ، والطيالسى (٩٠٦) ، وابن أبى شيبة (٧/ ٧٦) ، وابن الجارود (١٠١٥) ، والبيهقى (٦/ ١٤٨) من طرق عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال : قال نبى الله ﷺ : «من أحاط على شئ فهو أحق به » . وزاد بعضهم : « وليس لعرق ظالم حق » .

حديث عبادة بن الصامت :

=

له منفعة مُتَوَلِّدَةٌ بين ماله ، وبين الشيء الذي غصبه ، أعني : ماله المتعلق بالمغصوب . فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تَغَيَّرَ ، أو لم يتغير .

[حُكْمُ غَلَّة الْمَغْصُوب]

وَأَمَّا حُكْمُ غَلَّته : فاختلف في ذلك في المذهب على قولين :

أَحَدُهُمَا : أن حُكْمَ الغلة حكمُ الشيء المغصوب .

وَالثَّاني : أن حكمها بخلاف حكم الشيء المغصوب .

[مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْمَغْصُوبِ]

فَمَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ ؛ وبه قال أشهب من أصحاب مالك - يقول : إنما تلزمه الْغَلَّةُ يوم قبضها ، أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الْغَاصِبَ يلزمه أرفع القيم من يوم غَصْبِهَا ، لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب .

[مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ حُكْمَ الغَلَّة خلافُ الْمَغْصُوب]

وأَمَّا الَّذِينَ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ حُكْمَ الغَلَّة بخلاف حُكْم الشَّيء الْمَغْصُوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافاً كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تَلِفَتْ بِبَيِّنَةٍ أنه لا ضَمَانَ على الغاصب ، وأنه إن ادَّعَى تَلَفَهَا لم يُصَدَّقْ ، وإن كان مما لا يغاب عليه ،، وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة : هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

[إِذَا كَانَتِ الغَلَّةُ مُتَوَلِّدَةً عَنِ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ]

= أخرجه أحمد (٥/ ٣٢٦ - ٣٢٧) من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد عن عبادة بن الصامت قال: « إن من قضاء رسول الله ﷺ أنه ليس لعرق ظالم حق » .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٧٧) وقال : رواه الطبرانى فى « الكبير » وإسحاق بن يحيى لم يدرك عبادة .

حديث أبى أسيد :

أخرجه يحيى بن آدم فى « الخراج » (٢٧٦) .

حديث ابن عباس :

أخرجه الطبرانى كما فى « نصب الراية » (٤/ ٢٩٠) ، وابن عدى فى « الكامل » (٥/ ٥١) من طريق عمر بن رياح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهو أحق بها » .

قال ابن عدى : عمرو بن رياح هو مولى ابن طاوس ، ويروى عن ابن طاوس بالبواطيل ما لا يتابعه أحد عليه ، والضعف بيِّن على حديثه . أ.هـ .

وبالجملة فالحديث صحيح ، وقد صححه الألبانى فى « الارواء » (٥/ ٣٥٤) ، (٦/ ٤) .

أحدها : غلِة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه ، وَخلْقَته ، وهو الولد ،، وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته ، وهو مثل الثمر ،ولبن الماشية ، وجبنها ، وصوفها .

[إِذَا كَانَت الغَلَّةُ غَيْرَ مُتَوَلِّدَة]

وغلل غير متولدة ، بل هي منافع ، وهي الأَكْرِيَةُ ، والخَراجات ، وما أشبه ذلك .

[مَا كَانَ عَلَى خلْقَة الْمَغْصُوب ، وَصُورَته]

فَأَمَّا مَا كَانَ عَلَى خلْقَته ، وَصُورَتَه ، فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده ؛ كالولد مع الأم المغصوبة ، وإن كان ولد الغاصب .

[إِذَا مَاتَت الأُمُّ الْمَغْصُوبَةُ ، وَقَدْ أَنْتَجَتْ]

وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي ذَلكَ إِذَا مَاتَت الأُمُّ : فقال مالك : هو مخير بين الولد ، وقيمة الأم.

وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم ، وهو القياس (١) .

[إِذَا كَانَ مُتَوَلِّدًا عَلَى غَيْر خلْقَة الأَصْلِ وَصُورَته]

وَأَمَّا إِنْ كَانَ مُتَوَلِّداً عَلَى غَيْرِ خلْقَة الأَصْلِ ، وَصُورَته : ففيه قولان :

أحدهما : أن للغاصب ذلك المتولد .

والثاني :أنه يلزمه رَدُّهُ مع الشيء المغصوب إن كان قائماً ، أو قيمتها إن ادَّعَى تَلَفَهَا ، ولم يعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيءُ المغصوبُ كان مخيراً بين أن يضمنه بقيمته ، ولا شيء له في الغلة، وبين أن يأخذه بالغلة ، ولا شيء له من القيمة.

[مَا كَانَ غَيْرَ مُتَوَلِّد]

وَأَمَّا مَا كَانَ غَيْرَ مُتَوَلِّدٍ : فاختلفوا فيه على خمسةٍ أقوال : أحدها : أنه لا يلزمه رَدُّهُ جملة من غير تفصيل .

والثاني : أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضاً .

---

(١) قال ابن قدامة : إذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها ، فالولد مضمون ، كذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجب ضمان الولد فى الصورتين ؛ لأنه ليس بمغصوب ؛ إذ الغصب فعل محظور ولم يوجد ، فإن الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله ؛ لأنه انبنى على وجود الولد ، ولا صنع له فيه .
ينظر : المغنى : ٢٧٨/٥ .

والثالث : أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع ، أو عطل .

والرابع : يلزمه إن أكرى وانتفع ، ولا يلزمه إن عطل .

والخامس : الفرق بين الحيوان والأصل ، أعني : أنه يَرُدُّ قيمةَ مَنَافِعِ الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ،، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع [عينها] (١) وقيامها .

[مَا اغْتَلَّ مِنَ الْمَغْصُوبِ بِتَصْرِيفِهَا ، وَتَحْوِيلِ عَيْنِهَا]

وَأَمَّا مَا اغْتَلَّ مِنْهَا بِتَصْرِيفِهَا ، وَتَحْوِيلِ عَيْنِهَا ؛ كالدنانير ، فيغتصبها فَيَتَّجِرَ بها فيربح - فالغلة له قولاً واحداً في المذهب .

وقال قوم : الربح للمغصوب منه ، وهذا أيضاً إذا قَصَدَ غَصْبَ الأصل ،، وأما إذا قَصَدَ غَصْبَ الْغَلَّةِ دون الأصل ، فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل ، أو انتفع ، أو أكرى ، كان مما يزال به ، أو بما لا يزال به .

[مَن تَعَدَّى عَلَى دَابَّةِ رَجُلٍ فَرَكِبَهَا ، أَوْ حَمَلَ عَلَيْهَا ، وَهَلْ عَلَيْهِ كِرَاءٌ ؟]

وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها ، أو حمل عليها ، فلا كراء عليه في ركوبه إياها ، ولا في حمله ؛ لأنه ضامن لها إن تَلِفَتْ في تَعَدِّيهِ ،، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول ؛ فإنه لما رأى أنه قد ضَمِنَهُ بالتعدي ، وصار في ذمته ، جازت له المنفعة ؛ كما تقول المالكية فيما [اتجر] (٢) به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي اتجر به تَحَوَّلَتْ عَيْنُهُ ، وهذا لم تتحول عينه .

[سَبَبُ اخْتِلافِ الفُقَهَاءِ فِي رَدِّ غَلَّةِ المَغْصُوبِ]

وَسَبَبُ اخْتِلافِهِمْ فِي هَلْ يَرُدُّ الغَاصِبُ الغَلَّةَ ، أَوْ لا يَرُدُّهَا ؟ :

اختلافهم في تعميم قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** » (٣) ، وقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ** » (٤) ؛ وذلك أن قوله - عليه الصلاة والسلام - هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بعيب ، فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشتري غلته .

[إِذَا خَرَجَ العَامُّ عَلَى سَبَبٍ هَلْ يُقْصَرُ عَلَى سَبَبِهِ ، أَمْ يُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ ؟]

وَإِذَا خَرَجَ عَلَى سَبَبٍ هَلْ يُقْصَرُ عَلَى سَبَبِهِ ، أَمْ يُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ ؟ فيه خلاف بين

---

(١) في الأصل : بقائها .　　(٢) في الأصل : تجر .

(٣) تقدم .　　(٤) تقدم .

فقهاء الأمصار مشهور : فمن قصر ههنا هذا الحكم على [سببه] (١) ، قال : إنما تجب الغلة من قِبَلِ الضَّمَان فيما صار [إلى الإنسان] (٢) بشبهة ، مثل : أن يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه ، ، وأما ما صار إليه بغير وَجْهِ شُبْهَةٍ ، فلا تجوز له الغلة ؛ لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة ، [أعني : عموم هذا الحديث] (٣) ، وخصص الثاني ، ، وأما من عكس الأمر ، فعمم قوله – عليه الصلاة والسلام – : « **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ** » على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله – عليه الصلاة والسلام – : «**لَيْسَ لعرق ظَالِمٍ حَقٌّ** » بأن جعل ذلك في الرَّقَبَةِ دون الغلة ، قال : لا يَرُدُّ الغلةَ الغاصبُ ، ، [وأما من المعنى – كما تقدم من قولنا – فالقياس أن تجري المنافع والأعيانُ المتولدة مجرى واحداً ، وأن يعتبر التضمن ، أو لا يعتبر] ، ، وأما سائر الأقاويل التي بين هذين ، فهي استحسان .

[مَنْ غَرَسَ فِي غَيْرِ أَرْضِه]

وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلاً ، أو [ثمراً] (٤) بالجملة ، ونباتاً في غير أرضه ؛ أنه يؤمر بالقلع ؛ لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « **مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لعرق ظَالِمٍ حَقٌّ** » (٥) ، و«**العرق الظالم** » عندهم [هو ما] (٦) اغترس في أرض الغير ، ، وروي أبو داود في هذا الحديث زيادة ، قال عروة : ولقد حدثني [الذى حدثنى] (٧) هذا الحديث : « **أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ الله ﷺ : غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلاً في أَرْضِ الآخَرِ ، فَقَضَى لِصَاحِبِ الأَرْضِ بِأَرْضِه ، وَأَمَرَ صَاحِبَ النَّخْلِ أَنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا ،، قَالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا وَإِنَّهَا لَتُضْرَبُ [أُصُولُهَا]** (٨) **بِالْفُئُوسِ ، وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ حَتَّى أُخْرِجَتْ مِنْهَا** » (٩) إلا ما رُوِيَ في المشهور عن مالك أن من زرع زرعاً في أرض غيره ، وفات أوان [زراعته] (١٠) لم يكن لصاحب الأرض أن يَقْلعَ زَرْعَهُ ، وكان على الزارع كِرَاءُ الأرض ، ، وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا يَنْتَفِعُ الغاصِبُ به إذا قلعه ، وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع .

وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ الزَّرْعِ ، وَالثِّمَارِ فَقَالُوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ؛ وهو

---

(١) فى الأصل : سبيله .
(٢) فى الأصل : للإنسان .
(٣) سقط فى الأصل .
(٤) فى الأصل : تمراً .
(٥) تقدم .
(٦) فى الأصل : من .
(٧) سقط فى ط .
(٨) فى الأصل : رؤسها .
(٩) تقدم .
(١٠) فى الأصل : زرعه .

قَوْلُ كَثِيرٍ من أهل « المدينة » ، وبه قال أبو عبيد ، ورُوي عن رافع بن خديج ؛ أنه قال : قال - عليه الصلاة والسلام - : « **مَنْ زَرَعَ فِى أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، فَلَهُ نَفَقَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَىءٌ** » (١٠٩١) .

(١٠٩١) أخرجه أبوداود (٣/ ٦٩٢) كتاب البيوع : باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٤) كتاب الرهن : باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم حديث (٢٤٦٦) ، والطيالسى (١/ ٢٧٨ منحة) رقم (١٤٠١) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١١٧) كتاب البيوع : باب من زرع فى إرض قوم بغير إذنهم ، وفى « مشكل الآثار » (٣/ ٢٨٠) ، والبيهقى (٦/ ١٣٦) كتاب المزارعة : باب من زرع فى أرض غيره بغير إذنه ، والخطيب (١٢/ ١٤٨) كلهم من طريق شريك عن أبى إسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج به .

وقال الترمذى : حديث حسن غريب ، لا نعرفه من حديث أبى إسحاق إلا من هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله ، وسألت محمد بن إسماعيل - يعنى البخارى - عن هذا الحديث فقال : هو حديث حسن ، وقال : لا أعرفه من حديث أبى إسحاق إلا من رواية شريك .

وقال البيهقى : انفرد به شريك بن عبد الله وقيس بن الربيع ، وقيس ضعيف عند أهل العلم بالحديث ، وشريك بن عبد الله مختلف فيه ، كان يحيى بن سعيد القطان لا يروى عنه ويضعف حديثه جداً ، ثم هو مرسل ، قال الشافعى فى كتاب البويطى : الحديث منقطع ؛ لأنه لم يلق عطاء رافعاً . أ.هـ.

قال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص - ٢٣٧) : وقال أبو زرعة : عطاء عن أبى بكر الصديق مرسل ، وكذلك عن عثمان ، ولم يسمع من رافع بن خديج ولا من أسامة بن زيد شيئاً . أ.هـ .

وأسند البيهقى (٦/ ١٣٦ - ١٣٧) عن ابن عدى قوله : كنت أظن أن عطاء عن رافع بن خديج مرسل حتى تبين لى أن أبا إسحاق أيضا عن عطاء مرسل . ثم أسند ابن عدى من طريق يوسف بن سعيد : ثنا حجاج بن محمد ، ثنا شريك عن أبى إسحاق عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء بن أبى رباح عن رافع بن خديج به .

قال البيهقى : أبو إسحاق كان يدلس ، وأهل العلم بالحديث يقولون : عطاء عن رافع منقطع ، وقال أبو سليمان الخطابى : هذا الحديث لا يثبت عند أهل المعرفة بالحديث ، قال : وحدثنى الحسن ابن يحيى عن موسى بن هارون ؛ أنه كان ينكر هذا الحديث ويضعفه ويقول : لم يروه عن أبى إسحاق غير شريك ، ولا رواه عن عطاء غير أبى إسحاق ، وعطاء لم يسمع من رافع بن خديج شيئا. قال أبو سليمان وضعفه البخارى أيضاً . قال البيهقى : وقد رواه عقبة بن الأصم عن عطاء قال : حدثنا رافع بن خديج، وعقبة ضعيف لا يحتج به .

لكن للحديث طريق آخر : أخرجه أبو داود (٣/ ٦٩٢) كتاب البيوع : باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، حديث (٣٤٠٢) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ١١٧) ، والبيهقى (٦/ ١٣٦) من طريق بكير عن عبد الرحمن بن أبى نعم ؛ أن رافع بن خديج أخبره : أنه زرع أرضاً أخذها من بنى فلان ، فمر به رسول الله ﷺ وهو يسقى زرعه فسأله لمن هذا ؟ فقال : الزرع لى وهى أر ض بنى فلان أخذتها لى الشطر ولهم الشطر ، قال : فقال : « انفض يدك عن غبارها ورد الأرض إلى أهلها، وخذ نفقتك » ، قال : فانطلقت فأخبرتهم بما قال رسول الله ﷺ ، قال : فأخذ نفقته ورد إليهم أرضهم .

قال البيهقى : وبكير بن عامر البجلى وإن استشهد به مسلم فى غير هذا الحديث ،فقد ضعفه يحيى=

[اخْتِلافُ العُلَمَاء فيمَا أَفْسَدَتْهُ المَوَاشِي وَالدَّوَابُّ]

وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِى القَضَاء فيمَا أَفْسَدَتْهُ المَوَاشى وَالدَّوَابُّ عَلَى أَرْبَعَة أَقْوَالٍ :

أحدها : أن كل دابة مُرْسَلَةٌ فصاحبها ضَامِنٌ لما أفسدته .

والثاني : أَن لا ضمان عليه .

والثالث : أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار .

والرابع : وُجُوب الضمان في غير المنفلت ، ولا ضمان في المنفلت ،،

وممن قال : يضمن بالليل ، ولا يضمن بالنهار مَالِكٌ ، والشافعي ،، وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة ، وأصحابه ،، وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ،، والقول الرابع : مروي عن عمر رضي الله عنه .

[عُمْدَةُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِى الضَّمَانِ بِاللَّيْلِ دُونَ النَّهَارِ]

= ابن سعيد القطان وحفص بن غياث وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين .

وللحديث طريق ثالث : أخرجه أبو داود (٣٣٩٩) عن أبى جعفر الخطمى قال : بعثنى عمى أنا وغلاماً له إلى سعيد بن المسيب ، قال : فقلنا له : شئ بلغنا عنك فى المزارعة . قال : كان ابن عمر لا يرى بها بأسا ، حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث ، فأتاه ، فأخبره رافع أن رسول الله ﷺ أتى بنى حارثة ، فرأى زرعاً فى أرض ظهير ، فقال : « ما أحسن زرع ظهير ! » قالوا : ليس لظهير ، قال : « أليس أرض لظهير » ؟ قالوا : بلى ولكنه زرع فلان ، قال : « فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة » قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورددنا إليه النفقة .

وقد قوى أبو حاتم هذا الطريق فقال ولده فى العلل (١/ ٤٧٥ - ٤٧٦) : وسألته عن حديث رواه يحيى القطان عن أبى جعفر الخطمى عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج قال : مر النبى ﷺ بزرع فقال : « لمن هذا الزرع ؟ » ، قالوا : لظهير قال : « ليرد صاحب الأرض عليه نفقته وليأخذ أرضه » . قال أبى : رواه حماد بن سلمة عن أبى جعفر الخطمى ؛ أن النبى ﷺ . . . ولم يجوده ، والصحيح حديث يحيى ؛ لأن يحيى حافظ ثقة قال أبى : هذا يقوى حديث شريك عن أبى إسحاق عن عطاء عن رافع عن النبى ﷺ : « من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شئ ، وترد عليه نفقته » قال أبى : روى هذا الحديث غير شريك ، وحديث يحيى لم يسنده غير يحيى بن سعيد ، وأما الشافعى فإنه يرفع حديث عطاء ، وقال : عطاء لم يلق رافعاً . قال أبى : بلى قد أدركه. قلت : فإن حماداً يقول : إن النبى ﷺ مر بزرع فقالوا : هذا لظهير بن خديج ، قال أبى : أخطأ حماد فى هذه اللفظة ، ليس هو ظهير بن خديج ، إنما هو ظهير عم رافع بن خديج لا ينسب .

فَعُمْدَةُ مَالك وَالشَّافعيِّ فِي هَذَا البَاب شَيْئَان :

أحدهما : قوله تعالى : ﴿ **وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَان فِي الحَرْث إِذْ نَفَشَتْ فيه غَنَمُ القَوْمِ** ﴾ [الأنبياء : ٧٨] ، ، وَالنَّفْشُ عند أهل اللغة لا يكون إلاَّ بالليل ، ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أَنَّا مُخَاطَبُونَ بشرع من قبلنا .

والثاني : مرسله عن ابن شهاب : «**أَنَّ نَاقَةً للْبَرَاء بْن عَازب دَخَلَتْ حَائطَ قَوْم ، فَأَفْسَدَتْ فيه ،، فَقَضَى رَسُولُ الله ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الحَوَائط بالنَّهَار حفْظَهَا ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْهُ المَوَاشِي باللَّيْلِ [ضَامنٌ]** (١) **عَلَى أَهْلهَا** » (١٠٩٢) ، أي : مضمون.

---

(١) في الأصل : ضمانه .

(١٠٩٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٧) كتاب الأقضية : باب القضاء في الضوارى ، حديث (٧) ، وأحمد (٥/ ٤٣٦) ، والدارقطني (٣/ ١٥٦) كتاب الحدود ، حديث (٢٢٢) ، والبيهقي (٨/ ٣٤٢) كتاب الأشربة : باب الضمان على البهائم ، من طريق الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة ؛ أن ناقة للبراء بن عازب. . . .

قال ابن عبد البر في الاستذكار (٢٢/ ٢٥١) : هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ فيما رووا مرسلاً ، واختلف أصحاب ابن شهاب على ابن شهاب فيه ، فرواه الأوزاعي وصالح بن كيسان ، ومحمد ابن إسحاق كما رواه مالك ، وكذلك رواه ابن عيينة إلا أنه جعل مع حرام بن سعد بن محيصة سعيد ابن المسيب جميعاً في هذا الحديث .

ورواه معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه ولم يقل فيه : عن أبيه غير معمر ، قال محمد ابن يحيى : لم يتابع عليه معمر ،وقال أبو داود : لم يتابع عليه عبد الرزاق عن معمر .أ.هـ.

وقال الدارقطني : وكذلك رواه صالح بن كيسان والليث ومحمد بن إسحاق وعقيل وشعيب ومعمر من غير رواية عبد الرزاق . وقال ابن عيينة وسفيان بن حسين : عن الزهري عن سعيد بن المسيب وحرام جميعاً ؛ أن ناقة للبراء . وقال قتادة : عن الزهري عن سعيد بن المسيب وحده ، وقال ابن جريج : عن الزهري عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف ؛ أن ناقة للبراء ، قاله الحجاج وعبد الرزاق عنه . أ.هـ .

أما رواية عبد الرزاق عن معمر فهي كرواية حرام بن محيصة ، أخرجها أبو داود (٣/ ٨٢٨) كتاب البيوع : باب المواشي تفسد زرع قوم ، حديث (٣٥٦٩) ، وأحمد (٥/ ٤٣٦) ، والدارقطني (٣/ ١٥٤) كتاب الحدود ، حديث (٢١٦) ، والبيهقي (٨/ ٣٤٢) كتاب الأشربة والحد فيها : باب الضمان على البهائم .

قال الدارقطني : خالفه وهب وأبو مسعود الزجاج فلم يقولا : عن أبيه ، ورواه الأوزاعي عن الزهري عن حرام بن محيصة الأنصاري ؛ أنه أخبره أن البراء بن عازب كانت له ناقة ضارية ، فدخلت حائطاً فأفسدت فيه . . . الحديث .

وأخرجه الدارقطني (٣/ ١٥٥) كتاب الحدود ، حديث (٢١٧) ، والبيهقي (٨/ ٣٤١) كتاب الأشربة: باب الضمان على البهائم ، من طريق يونس بن عبد الأعلى : ثنا أيوب بن سويد عن الأوزاعي عن الزهري عن حرام ابن محيصة عن البراء بن عازب ؛ أن ناقة لرجل من الأنصار دخلت حائطاً . . . . الحديث .

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨١) كتاب الأحكام : باب الحكم فيما أفسدت المواشي ،حديث (٢٣٣٢)،=

[عُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي امْتِنَاعِ الضَّمَانِ أَصْلاً]

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « الْعَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ » (١) .

وقال الطحاوي : وتحقيقُ مذهب أبي حنيفة أنه لا يَضْمَنُ إذا أَرْسَلَهَا مَحْفُوظَةً ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ،، والمالكية تقول : من شَرْطِ قَوْلِنَا أن تكون الغنم في المسرح ، وأما إذا كانت في أَرْضٍ مَزْرَعَةٍ لا مسرح فيها ، فَهُمْ يضمنون ليلاً ونهاراً .

[عُمْدَةُ مَنْ رَأَى الضَّمَانَ لَيْلاً وَنَهَاراً]

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى الضَّمَانَ فِيمَا أَفْسَدَتْ لَيْلاً وَنَهَاراً : شهادة الأصول له ؛ وذلك أنه تعدى من المرسل ، والأصول على أن على المتعدي الضمان .

[مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُنْفَلِت ، وَغَيْرِه]

ووجه من فرق بين المنفلت ، وغير المنفلت [بيِّن] (٢) ؛ فإن المنفلتَ لا يملكُ .

[سَبَبُ الخلاف فِي هَذِه الْمَسْأَلَة بَيْنَ الْعُلَمَاء]

فَسَبَبُ الخلاف فِي هَذَا الْبَاب : معارضة الأصل [للسمع] (٣) ، ومعارضةُ السماع بعضه لبعض ، أعني : أن الأصل يعارض « جُرْحُ الْعَجْمَاء جُبَارٌ » ، ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء ، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله: « جُرْحُ الْعَجْمَاء جُبَارٌ » .

[اخْتِلافُ الْفُقَهَاء فِي حُكْمِ مَا يُصَابُ مِنْ أَعْضَاء الْحَيَوان]

وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَاب الْمَشْهُورَة اخْتِلافُهُمْ فِي حُكْمِ مَا يُصَابُ مِنْ أَعْضَاء الْحَيَوَان : فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة [بربع ثمنها] (٤) ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ؛ وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر بن عبد العزيز .

[قَوْلُ مَالك ، وَالشَّافعيِّ]

وَقَالَ الشَّافعيُّ وَمَالكٌ : يلزم فيما أُصيب من البهيمة ما نقص [في] (٥) ثمنها ؛ قياساً على التعدي في الأموال .

= والدارقطني (٣/ ١٥٥) كتاب الحدود والديات ، والبيهقي (٨/ ٣٤١) كتاب الأشربة : باب الضمان على البهائم ، من طريق سفيان عن عبد الله بن عيسى عن الزهرى عن حرام بن محيصة عن البراء ؛ أن ناقة لآل البراء أفسدت . . . . فذكر الحديث .

(١) تقدم . (٢) سقط فى ط . (٣) فى الأصل : السماع .

(٤) فى الأصل : بدفع قيمتها . (٥) فى الأصل : من .

[عُمْدَةُ الكوفيين]

والكوفيون اعْتَمَدُوا فِي ذَلِكَ عَلَى : قول عمر - رضي الله عنه - وقالوا : إذا قال الصحابي قولاً ، ولا مخالفَ له من الصحابة ، وقوله مع هذا مخالف للقياس - وجب العمل به ؛ لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التَّوْقِيفِ ،، فسبب الخلاف إذن: معارضة القياس لقول الصحابي .

[إِذَا قَتَلَ الرَّجُلُ الْجَمَلَ الصَّئُولَ ، وَنَحْوَهُ مِنَ الحَيَوَانِ الْمُحْتَرَمِ]

ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصَّئُولِ ، وما أشبهه [يخافَ] (١) الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟

[مَنْ قَالَ : لا يَضْمَنُ ، وَدَلِيلُهُ]

فَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لا غرم عليه إذا بان (٢) أنه خافه على نفسه .

وقال أبو حنيفة ، والثوري : يضمن قيمته على كل حال ،، وَعُمْدَةُ من لم يرَ الضَّمَانَ : الْقِيَاسُ على من قَصَدَ رجلاً فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه ، فقتل في المدافعة [القاصد] (٣) المعتدي أنه ليس عليه قَوَدٌ ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحْرَى؛ لأن النَّفْسَ أَعْظَمُ حُرْمَةً من المال ؛ وقياساً أيضاً على إِهْدَارِ دَمِ الصيد الحرمي إذا صال ،، وتمسك به حُذَّاقُ أصحابِ الشافعي .

[عُمْدَةُ مَنْ قَالَ بِالضَّمَانِ]

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ : أن الأموال تضمن بالضرورة إليها .

أصله : المضطرَ إلى طعام الغير ، ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس (٤) .

[الْمُكْرَهَةُ عَلَى الزِّنَا ، وَهَلْ عَلَى مُكْرِهِهَا الصَّدَاقُ ؟]

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلافُهُمْ فِي الْمُكْرَهَةِ عَلَى الزِّنَا ، هلَ على مكرهها مع الحد صداق أم لا؟ فقال مالك ، والشافعي ، والليث : عليه الصداقُ ، والحدُّ جميعاً ،، وقال أبو حنيفة، والثوري : عليه الحد ، ولا صداق عليه ؛ وهو قول ابن شبرمة .

[عُمْدَةُ مَنْ أَوْجَبَ الصَّدَاقَ ؛ وَالْحَدَّ]

وعمدة [مالك] (٥) : أنه وجب عليه حقَّانِ : حق لله ، وحق للآدمي ، فلم يسقط أحدهما [الآخر] (٦) ،، أصله : السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .

---

(١) فى الأصل : يخافه .　(٢) فى الأصل : بين .　(٣) فى الأصل : المقصود .

(٤) فى الأصل : ذو نفس سائلة إلا أن هذا الأصل لا يوافق عليه مخالف ؛ لأن مالك يرى أن أكل مال الغير مضطراً أى من أجل بقاء حياته لا يغرم إلا أنه لا خلاف فى استباحة المال فى هذا الحال، ويتصور الخلاف فى حال ارتفاع هذه الضرورة هل يضمن ، أو لا يضمن .

(٥) فى الأصل : الشافعى .　(٦) فى الأصل : بالآخر .

[دَلِيلُ مَنْ لَمْ يُوجِبِ الصَّدَاقَ]

وأما من لم يوجب الصداق : فتعلق في ذلك بمعنيين :

أحدهما : أنه اجتمع حقان : حق لله ، وحق للمخلوق ، سقط حَقُّ المخلوق بحق الله ، وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غُرْمٌ وقطع .

والمعنى الثاني : أن الصداق ليس مقابلاً للبضع ، وإنما هو عبادة إذا كان النكاح شَرْعِياً ، وإذا كان ذلك كذلك ، فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع .

[مَنْ غَصَبَ أُسْطُوَانَةً فَبَنَى عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهَا]

وَمِنْ مَسَائلهمُ الْمَشْهُورَة في هَذَا البَاب مَنْ غَصَبَ أُسْطُوَانَةً ، فَبَنَى عَلَيْهَا بنَاءً يُسَاوي قَائمًا أَضْعَافَ قيمَةَ الأُسْطُوَانَة : فقال مالك ، والشافعي : يحكم على الغاصب بِالْهَدْمِ ، ويأخذ المغصوب منه أسطوانته .

وقال أبو حنيفة : تفوت بالقيمة ؛ كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ،، وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة .

وهنا انقضى هذا الكتاب

❊ ❊ ❊

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدنَا مُحَمَّد ، وَعَلَى آله ، وَصَحْبِه ، وَسَلَّمَ تَسْلماً

كِتَابُ الاسْتِحْقَاق (١)

[أُصُولُ أَحْكَامِ هَذا الكتَاب]

وَجُلُّ النَّظَرِ فِي هَذَا الكتَاب هُوَ فِي أَحْكَامِ الاسْتِحْقَاق ، وَتَحْصِيلُ أُصُول أَحْكَام هَذَا الكتَاب : أن الشيء الْمُسْتَحَقَّ من يد إنسان بما تثبت به الأشياء (٢) في الشرع لِمُسْتَحِقِّهَا إن صار إلى ذلك الإنسان الذي استُحِقَّ من يده الشيءُ الْمُسْتَحَقُّ بشراء ، أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله ، أو كله ، أو جُلُّهُ ، ثم إذا استحق منه كله ، أو جله ، فلا يخلو أن يكون قد تغير عند (٣) الذي هو بيده بزيادة ، أو نقصان ، أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمنٍ ، أو مثمونٍ .

[إِذَا لَمْ يَتَغَيَّر الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ]

فأما إن كان (٤) استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالكٍ على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع ، ، وأما إن كان استحق كُلُّهُ ، أو جُلُّهُ ، فإن كان لم يتغير أخذه الْمُسْتَحِقُّ ، ورجع الْمُسْتَحَقُّ من يده على الذي اشتراه منه [بثمن ما اشتراه منه] (٥) إن كان اشتراه بثمن ، وإن كان اشتراه بِالْمَثْمُونِ ، رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغير ، ، فإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته ، رجع بقيمته

---

(١) الاستحقاق : هو إضافة الشئ لمن يصلح به ، وله فيه حق ، كاستحقاق هذا من الوقف مثلا بوصف الفقر أو العلم ، وفى عرف الشرع مستعمل فى معنى ما أشار إليه ابن عرفة بقوله : رفع ملك شئ بثبوت ملك قبله أو حرية ، كذلك بغير عوض ، وخرج بقوله : « بثبوت ملك قبله » رفع الملك بالهبة والعتق وغيرها من الأسباب الشرعية ؛ لأنه رفع ملك شئ ، لكن لا بثبوت ملك قبله ، وبقوله: « قبله » ما ملك بالموت ؛ فإنه رفع ملك شئ بثبوت ملك بعده ، وقوله : « أو حرية » أى أو رفع ملك بحرية ، فحرية عطف على « ملك » من قوله : بثبوت ملك الخ ، وقوله : « كذلك » يعنى بثبوت حرية قبله وأشار به إلى دخول الاستحقاق بالحرية ، وقوله : « بغير عوض » أخرج به ما وجد فى المغانم بعد بيعه أو قسمه ؛ فإنه لا يؤخذ إلا بثمن ، فلولا زيادة هذا القيد لكان الحد غير مطرد .

ينظر : الخرشى : ٦/ ١٥٠ - ١٥١ .

(٢) فى الأصل : الأشباه .　　(٣) فى الأصل : على .

(٤) فى الأصل : يكون قد .　　(٥) سقط فى الأصل .

يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يُمْضِيَ البيعَ ، ويأخذ الثمن ، أو يَأْخُذَهُ بعينه ،، فهذا حكم المستحق وا لمستحق من يده ما لم يتغير الشيءُ المستحقُ .

[إنْ تَغَيَّرَ الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ بزيَادَة ، أَوْ نُقْصَان]

فَإِنْ تَغَيَّرَ الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ فَلا يَخْلُو أَنْ يَتَغَيَّرَ بزيَادَة ، أَوْ نُقْصَان : فأما إن كان تغير بزيادة: فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قِبَلِ الذي اسْتُحِقَّ من يده الشَّيءُ ، أو بزيادة من ذات الشيء ،، فأما الزيادة من ذات الشيء قبله ، فَيَأْخُذُهَا المستحق منه ، مثل : أن يسمن العبد ، أو تسمن الجاريةُ ، أو يكبر الغلام ،، وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل : أن يشتري الدار فيبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه، وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق ، أو يكونا شَرِيكَيْنِ : هذا بِقَدْرِ قيمة ما استحق من يده ، وهذا بِقَدْرِ قيمة ما بني أو ما غرس ؛ وهو قضاءُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّاب .

[إذَا كَانَت الزِّيَادَةُ ولادَةً منْ قبَلِ الْمُسْتَحَقِّ منْهُ]

وأَمَّا إنْ كَانَت الزِّيَادَةُ ولادَةً منْ قبَلِ الْمُسْتَحَق منْهُ ، مثْلَ : أَنْ يَشْتَرى أَمَةً فيُولِّدُهَا ثُمَّ تَسْتَحِقُّ منْهُ ، أَوْ يزَوِّجَهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَخْرُجُ أَمَةً : فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد، واختلفوا في أخذ قيمتهم ،، وأما الأُمُّ فقيل : يأخذها بعينها ،، وقيل : يأخذ قيمتها ،، وأما إن كان الولد بنكاح فَاسْتُحِقَّتْ بعبودية ، فلا خلاف أن لسيِّدِهَا أن يأخذها ، ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ؛ لأن الغرور لم يتعلق بالولد .

[غَلَّةُ الشَّيءِ الْمُسْتَحَقِّ]

وَأَمَّا غَلَّةُ الشَّيْءِ الْمُسْتَحَقِّ ، فإنه إذا كانَ ضامناً بشبهة ملك ، فلا خلاف أن الغلة للْمُسْتَحَقِّ منْهُ ، وأعني بالضمان : أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده ،، وأما إذا كان غير ضامِن ، مثل : أن يكون وارثاً فيطرأ عليه وارث آخر ، فيستحق بَعْضَ ما في يده - فإنه يَرُدُّ الغَلَّةَ ،، وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى [1] في ذلك ثمناً مثل : العبد يستحق بحرية، فإنه - وإن هلك عنده - يرجع بالثمن ،، ففيه قولان : أحدهما : أنه لا يضمن الغلة إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع .

وَأَمَّا مِنْ أَيِّ وَقْت تَصِحُّ الغَلَّةُ لِلْمُسْتَحِقِّ ؟ فقيل : يَوْمَ الحكم ،، وقيل : من يوم ثبوت

(١) في الأصل : أدى .

الحق ،، وقيل : من يوم توقيفه ،، وإذا قلنا : إن الغلة تجب لِلْمُسْتَحِقٍّ في أحد هذه الأوقات الثلاثة ، فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة ، فأدرك هذا الوقت الثمر ، ولم يقطف بعده، فقيل : إنها تستحق ما لم تُقْطَفْ ،، وقيل : ما لم تَيْبَسْ ،، وقيل : ما لم يَطِبْ ، ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يده ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار ،، وأما إن [كان] (١) اشتراها [بعد الإبار] (٢) فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إن جذت ، ويرجع بالسقي والعلاج ،، وقال أشهب : هي للمستحق ما لم تُجَذّ.

[إِذَا اسْتُحِقَّت الأَرْضُ فَلِمَن الكِرَاءُ ؟]

والأَرْضُ إِذَا اسْتُحِقَّتْ ، فالكراء إنَّما هو لِلْمُسْتَحِقِّ إن وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض ، وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق مِنْهُ .

[إِذَا كَانَ التَّغَيُّرُ بِنُقْصَان]

وَأَمَّا إِنْ كَانَ تَغَيُّرٌ بِنُقْصَان : فإن كان من غير سبب المستحق من يديه (٣) ، فلا شيء على المستحق من يديه (٤) .

وأما إن كان أخذ له ثمناً مثل : أن يهدم الدار فيبيع نقضها ، ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض .

[قال القاضي] (٥) : ولم أجد في هذا الباب خلافاً يُعْتَمَدُ عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهي أصولهم في هذا الباب .

[أُصُولُ غَيْرِ المَالكيَّة في هَذَا المَوْضُوع]

وَلَكِنْ يَجِيءُ عَلَى أُصُولِ الغَيْرِ : أنه إذا كان المستحق مشترياً بِعَرْضٍ ، وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته ،، وهم الذين يرون في جميع المتلفات الْمِثْلَ ،، وكذلك يجيء على أصول هذا القول أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل ، أو كثير ؛ لأنه لم يدخل على الباقي ، ولا انعقد عليه بيع ، ولا وقع به تراض .

كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

* * *

(١) سقط فى ط .
(٢) فى الأصل : وقد أزهت .
(٣) فى الأصل : يده .
(٤) فى الأصل : يده .
(٥) سقط فى الأصل .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله، وصحبه، وسلم تسليماً

كتاب الهبات (١)

وَالنَّظَرُ فِي الهِبَة : في أركانها ، وشروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها ،، ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة ؛ فنقول :

[أَرْكَانُ الهِبَة]

أَمَّا الأَرْكَانُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ : الواهب ، والموهوب له ، والهبة .

[الوَاهِبُ وَمَتَى تَجُوزُ هِبَتُهُ ؟]

وَأَمَّا الوَاهِبُ : فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا ما كان مالكاً للموهوب (٢) صحيح الملك ؛ وذلك إذا كان في حال الصحة ، وحال إطلاق اليد .

---

(١) الهبة لغة : مأخوذة من وهب ، يقال : وهب يهب وهباً ، ووهبا وهبة ، والاسم : الموهوب والموهبة ، ولا يقال : وهبكه . هذا قول سيبويه ، وحكى السيرافى عن أبى عمرو أنه سمع أعرابياً يقول لآخر : انطلق معى أهبك نبلاً .

ووهبت له هبة ، وموهبة ، ووهباً ، ووهباً : إذا أعطيته ، ووهب الله له الشئ ، فهو يهب هبةً ، وتواهب الناس بينهم ، أى : يهب بعضهم بعضاً ، وهى فى الأصل مصدر ، الأول عوض عنه هاء التأنيث ، فأصلها : وهب بتسكين الهاء وتحريكها ، ومما تقدم من اشتقاق للفظ الهبة ، يتبين لى أنها تطلق فى اللغة على التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا ، سواء أكان مالاً أو غير مال .

فالهبة : العطية الخالية عن الأعواض والأغراض ، فإذا كثرت سمى صاحبها وهاباً .

انظر : لسان العرب : ٦/٤٩٢٩ .

واصطلاحاً :

عرفها الأحناف بأنها : تمليك بلا عوض .

وعرفها الشافعية بأنها : التمليك بلا عوض .

وعرفها المالكية بأنها : تمليك متمول بغير عوض .

وعرفها الحنابلة بأنها : تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً ، تعذر علمه .

انظر : فتح القدير ٩/١٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٨ ، الإقناع ٢/٨٥ ، مغنى المحتاج ٢/٣٩٦، والمحلى على المنهاج ٣/ ١١٠ ، مواهب الجليل ٦/٤٩ .

(٢) فى الأصل : للوهب .

[الْوَاهِبُ فِي حَالِ الْمَرَضِ]

وَاخْتَلَفُوا فِي حَالِ الْمَرَضِ ، وَفِي حَالِ السَّفَهِ وَالْفَلَسِ : أَمَّا الْمَرِيضُ : فقال الجمهور : إنها في ثُلُثِه ؛ تشبيهاً بالوصية ، أعني : الهبة التامة بشروطها .

وقالت طائفة من السلف ، وجماعة أهل الظاهر : إن هبته مخرجة من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة .

[عُمْدَةُ الْجُمْهُورِ أَنَّ هِبَةَ الْمَرِيضِ مِنْ ثُلُثِ رَأْسِ مَالِه]

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ : حديث عمران بن حصين [١] عن النبي - عليه الصلاة والسلام -: «**فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِه ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَأَعْتَقَ ثُلُثَهُمْ، وَأَرَقَّ الْبَاقِي**» [٢] .

[عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ هِبَةَ الْمَرِيضِ فِي جَمِيعِ مَالِه]

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الظَّاهِرِ : استصحاب الحال ، أعني : حال الإجماع ؛ وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة ، وَجَبَ استصحابُ حكم الإجماع في المرض ، إلا أن يدل دليل من كتاب ، أو سُنة بيِّنَة ،، والحديثُ عِنْدَهُمْ مَحْمُولٌ على الوصية .

[الأَمْرَاضُ الَّتِي يُحْجَرُ فِيهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ]

وَالأَمْرَاضُ الَّتِي يُحْجَرُ فِيهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ هِيَ : الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل : الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج [٣] ، وفيه اختلاف ،، وأما الأمراض المزمنة : فليس عندهم تحجير ،، وقد تقدم هذا في « كتاب الحجر » .

[هِبَةُ السُّفَهَاءِ]

وَأَمَّا السُّفَهَاءُ ، وَالْمُفْلِسُونَ : فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غَيْرُ مَاضِيةٍ .

[مَا يَصِحُّ هِبَتُهُ ، وَالْهِبَةُ لِلأَجْنَبِيِّ]

وَأَمَّا الْمَوْهُوبِ : فكل شيء صح ملكه ،، واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي .

واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض .

---

(١) فى الأصل : الحصين . (٢) تقدم . (٣) فى الأصل : والمرتجح .

[مَنْ كَرِه الهبَةَ لبَعْضِ ولَدِه دُونَ بَعْضٍ]

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الأَمْصَار بكراهية ذلك له ، ولكن إن وقع عندهم جاز ،، **وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ** : لا يجوز التفضيلُ فَضْلاً عن أن يهب لبعضهم جميع ماله ،، **وَقَالَ مَالكٌ** : يجوز التفضيلُ ، ولا يجوز أن يهب بعضهم [١] جميع المال دُونَ بَعْضٍ [٢] .

إلا أن أبا عمر بن عبد البر حكى عن مالك أنه كان يجهل حديث النعمان بن بشير على من وهب جميع ماله لواحد من بنيه ،، وأما أصحاب مالك فالذين يحكون عنه في هذه المسألة هو الكراهة دون المنع ،، وقال أبو الوليد الباجى : الكراهية هى رواية ابن القاسم، والمنع رواية أشهب .

وقال الداورى : أكثر أصحاب مالك على المنع .

[دَلِيلُ مَنْ لَمْ يُجِزِ التَّفْضِيلَ]

وَدَلِيلُ أَهْلِ الظَّاهِرِ : حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اخْتُلِفَ في ألفاظه ، والحديث أنه قال : « **إنَّ أَبَاهُ بَشِيراً أَتَى به إلَى رَسُول الله ﷺ فَقَالَ : إِنِّى نَحَلْتُ ابْنِى هذا غُلاماً كَانَ لِى ،، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْل**

---

(١) فى الأصل : لبعضهم .

(٢) اختلف أهل العلم فى تفضيل بعض الأولاد على بعض فى النحل ، فذهب قوم إلى أنه مكروه، ولوفعل نفذ ، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأى ، قال إبراهيم : كانوا يستحبون أن يعدلوا بين أولادهم حتى فى القبل .

وذهب قومٌ إلى أنه لا يجوز التفضيل ، ويجب التسوية بين الذكور والإناث ، ولو فضل لا ينفذ ، وهو قول طاوس ، وبه قال داود ، ولم يجوزه سفيان الثورى .

وذهب قوم إلى أن التسوية بين الأولاد أن يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن سوى بينهما ، أو فضل بعض الذكور على بعض ،أو بعض الإناث على بعض ، لم ينفذ ، وبه قال شريح ، وهو قول أحمد وإسحاق ، واحتجوا بقوله ﷺ : « إنى لا أشهد على جور » والجور مردود . ومن أجازهُ قال : إنه ميل عن بعضهم إلى بعض ، وعدول عن الطريق الأحسن ، والفعل الأفضل .

ولو لم يكن نافذاً لما احتاج إلى الرجوع ، ويدل عليه ما ورد أنه قال : « فأشهد على هذا غيرى » ولو كانت باطلة لما جاز إشهادُ الغير عليها ، وقد فضل أبو بكر عائشة بجداد عشرين وسقاً ، نحلها إياها دون سائر أولاده ، وفضل عمر بن الخطاب عاصماً بشئ أعطاه إياه ، وفضل عبد الرحمن بن عوف ولد أم كلثوم .

ينظر : شرح السنة : ٤/٤٢٦ - ٤٢٧ .

هَذَا؟ قَالَ : لا ،، قَالَ رَسُولُ الله ﷺ : فَارْتَجِعْهُ » (١٠٩٣) ،، واتفق مالك ، والبخاري ،

(١٠٩٣) أخرجه مالك (٧٥١/٢) كتاب الأقضية : باب ما لا يجوز من الحل ، حديث (٣٩) ، والبخارى (٢١١/٥) كتاب الهبة : باب الهبة للولد ، حديث (٢٥٨٦) ، ومسلم (١٢٤١/٣) كتاب الهبات : باب كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، حديث (١٦٢٣/٩) ، والنسائى (٢٥٨/٦ - ٢٥٩) كتاب النحل : باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل ، والترمذى (٦٤٩/٣) كتاب الأحكام : باب فى النحل والتسوية بين الولد ، حديث (١٣٦٧) ، وابن ماجه (٧٩٥/٢) كتاب الهبات : باب الرجل ينحل ولده ، حديث (٢٣٧٦) ، وأحمد (٢٦٨/٤) ، والشافعى (١٦٧/٢) كتاب الهبة والعمرى ، حديث (٥٨٣) ، والحميدى (٤١١/٢) رقم (٩٢٢) ، وابن الجارود فى المنتقى رقم (٩٩١) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٨٤/٤) ، والدارقطنى (٤٢/٣) كتاب البيوع ، حديث (١٧٤) ، والبيهقى (١٧٦/٦) كتاب الهبات : باب السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية ، والبغوى فى «شرح السنة » (٤٢٥/٤ - بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهرى عن محمد بن النعمان وحميد بن بشير عن النعمان به .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وللحديث طرق أخرى عن النعمان بن بشير :

الطريق الأول :

أخرجه البخارى (٢١١/٥) كتاب الهبة : باب الإشهاد فى الهبة ، حديث (٢٥٨٧) ، وفى « الأدب المفرد » باب أدب الوالد وبره لولده ، حديث (٩٣) ، ومسلم (١٢٤٣/٣) كتاب الهبات : باب كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، حديث (١٣ - ١٦٢٣/١٨) ، وأبو داود (٨١١/٣) كتاب البيوع والإجارات : باب الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، حديث (٣٥٤٢) ، والنسائى (٢٥٩/٦ - ٢٦٠) كتاب النحل : باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل ، وابن ماجه (٧٩٥/٢) كتاب الهبات : باب الرجل ينحل ولده ، حديث (٢٣٧٥) ، وأحمد (٢٦٨/٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠) ، والطيالسى (٢٨٠/١ - منحة) رقم (١٤١٨) ، والحميدى (٤١٠/٢) رقم (٩١٩) ، وابن حبان (٥٠٨٠، ٥٠٨١ ، ٥٠٨٢ - الإحسان) ، وابن الجارود (٩٩٢) ، والدارقطنى (٤٢/٣) ، والبيهقى (١٧٦/٦) كتاب الهبات : باب السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية ، والخطيب فى « تاريخ بغداد» (٢٨/١٢) كلهم من طريق الشعبى عن النعمان قال : أعطانى أبى عطية فقالت عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال : إنى أعطيت ابنى من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله . قال : « أعطيت سائر ولدك مثل هذا » ؟ قال : لا . قال : « فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » قال : فرجع فرد عطيته . لفظ البخارى .

الطريق الثانى :

أخرجه مسلم (١٢٤٣/٣) كتاب الهبات : باب كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، حديث (١٦٢٣/١٢) ، وأبو داود (٨١١/٣) كتاب البيوع : باب الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، حديث (٢٥٤٣) ، والنسائى (٢٥٩/٦) كتاب النحل : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان ابن بشير فى النحل ، وأحمد (٢٦٨/٤) من طريق عروة بن الزبير عن النعمان . =

ومسلم على هذا اللفظ ؛ قالوا : والارتجاع يقتضي بُطْلانَ الهِبَة ،، وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال - عليه الصلاة والسلام - : « هَذَا جَوْرٌ » (١) .

[دَلِيلُ مَنْ أَجَازَ الهِبَةَ لِبَعْضِ الوَلَدِ دُونَ بَعْضٍ]

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ : أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى ، واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقاً من مال الغابة (٢) ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بُنَيَّةُ ما من الناس أحد أحب إليَّ غنى بعدي منك ، ولا أعز عليَّ فقراً بعدي منك ، وإني كنت نحلتك جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقاً ، فلو كنت جَذَذْتيه ، وَاحْتَزْتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث ،، قالوا : وذلك الحديث الْمُرَادُ به النَّدْبُ ، والدليل على ذلك بأن في بعض رواياته : « أَلَسْتَ تُرِيدُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي البِرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءً ؟ قَالَ : نعَم ،، قَالَ : فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي » (٣) .

[قَوْلُ مَالك فِي النَّهْيِ عَنْ أَنْ يَهَبَ جَمِيعَ مَاله وَاحِداً منْ وَلَدِه]

وَأَمَّا مَالكٌ : فإنه رأي أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يُحْمَلَ على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم [هذا الحديث] (٤) النهي عن أن

= الطريق الثالث :

أخرجه النسائى (٦/ ٢٦١ - ٢٦٢) كتاب النحل : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل ، وأحمد (٤/ ٢٦٨) ، وابن حبان (٥٠٧٦ ، ٥٠٧٧ - الإحسان) ، والطحاوى فى «شرح معانى الآثار » (٤/ ٨٦) من طريق مسلم بن صبيح عن النعمان قال : ذهب بى أبى إلى النبى ﷺ يشهده على شئ أعطانيه فقال : « ألك ولد غيره ؟ » قال : نعم ، وصف بيده بكفه أجمع كذا «ألا سويت بينهم » .

وللحديث شاهد من حديث جابر :

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٤) كتاب الهبات : باب كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، حديث (١٩/ ١٦٢٤) ، وأحمد (٣/ ٣٢٦) ، وأبو داود (٣/ ٨١٢) كتاب البيوع : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، حديث (٣٥٤٥) ، وابن حبان (٥٠٧٩ - الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٨٧) ، والبيهقى (٦/ ١٧٧) كتاب الهبات : باب السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية ، كلهم من طريق زهير عن أبى الزبير عن جابر قال : قالت امرأة بشير : انحل ابنى غلامك وأشهد لى رسول الله ﷺ ، فأتى رسول الله ﷺ فقال : إن ابنة فلان سألتنى أن أنحل ابنها غلامى ، وقالت لى: أشهد رسول الله ﷺ ، فقال : « له إخوة » ؟ ، فقال : نعم ، قال : « أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته ؟ » ، قال: لا ، قال : « فليس يصلح هذا ، وإنى لا أشهد إلا على حق » .

(١) تقدم .

(٢) فى الأصل : الغائبة .

(٣) تقدم .

(٤) فى الأصل : فحمل هذا الحديث على .

يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله .

[سَبَبُ الخِلافِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَة]

فَسَبَبُ الخِلافِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَة : معارضة القياس للفظ النهي الوارد ؛ وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريمَ ، كما يقتضي الأمرُ الوجوبَ ،، فَمَنْ ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حَمَلَ الحديثَ على النَّدْبِ ، أو خصصه [١] في بعض الصور؛ كما فعل [٢] مالك ،، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيصُ عُمُومِ السنة بالقياس، وكذلك العدولُ بها عن ظاهرها ، أعني : أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحَظْرِ إلى مفهوم الكراهية ،، وأما أهلُ الظاهر فَلَمَّا لم يجز عندهم القياس في الشرع ، اعتمدوا ظاهر الحديث ، وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة .

[هبَةُالمشَاعِ غَيْرِ المَقْسُومِ ودَلِيلُ مَنْ أَجَازَهَا ، وَدَلِيلُ مَنْ مَنَعَهَا]

وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا البَابِ فِى جَوازِ هِبَةِ المشَاعِ غَيْرِ المَقْسُومِ : فقال مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور : تصح ،، وقال أبو حنيفة : لا تصح [٣] ،، وعمدة الجماعة أن القبض فيها يَصِحُّ كالقبض في البيع ،، وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مُفْرَدَةً كَالرَّهْنِ.

[هِبَةُ المجهولِ والمعدومِ المُتَوَقَّعِ الوُجُود]

ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المُتَوَقَّعِ الوجود ، وبالجملة : كل ما لا يصح بَيْعُهُ في الشرع من جهة الغَرَر ،، وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدَّين ، وما لم يَجُزْ بَيْعُهُ لَمْ تَجُزْ هِبَتُهُ ،، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته ؛ كالدَّيْنِ والرَّهْنِ ،، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع .

---

(١) فى الأصل : أو خصصه مفهومه .
(٢) فى الأصل : قال .

(٣) قال ابن قدامة : تصح هبة المشاع . وبه قال مالك والشافعى . قال الشافعى : سواء فى ذلك ما أمكن قسمته ، أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأى : لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته ؛ لأن القبض فى الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته؛ لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح فى قياس .
ينظر : المغنى : ٥/ ٦٥٥ .

[مِنْ شُرُوطِ الموهوبِ لَهُ]

ومن شروط الموهوب له : أن يكون ممن يصح قَبُولُهُ ، وَقَبْضُهُ ،، وأما الشروط فأشهرها القبض (١) .

[هل القبض شرط في صحة العقد ؟]

أعني : أن العلماء اختلفوا : هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القَبْضَ ، وأنه إذا لم يَقْبِضْ لم يلزم الواهبَ ،، وقال مالك : ينعقد بالقول (٢) وَيُجْبَرُ على القبض كالبيع سواء ، فإن توانى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مَرِضَ ، بَطَلَتِ الهبة ،، وله إذا باع تفصيل ، إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثَّمَنُ ، وإن قام في الفور كان له الموهوب ،، فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة ،، وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلاً لا من شرط تمام ، ولا من شرط صحة ؛ وهو قَوْلُ أهلِ الظاهرِ ،، وقد رُوِيَ عن أحمد بن حنبل أن القبض من شرطها في المَكِيلِ ، والموزونِ.

[دَلِيلُ مَنْ لم يَشْتَرِط القَبْضَ في الهِبَةِ]

فعمدة من لم يشترط القَبض في الهبة : تَشْبِيهُهَا بالبيعِ ، وأَنَّ الأصل في العقود أن لا قبض مُشْتَرَطٌ في صحتها ،، حتى يقومِ الدليلِ على اشتراط القبض .

[دَلِيلُ مَن اشْتَرَطَ القَبْضَ]

وعُمْدَةُ مَن اشْتَرَطَ القَبْضَ : أنَ ذلك مَرْوِيٌّ عن أبي بكر - رضي الله عنه - في حديث هبته لعائشةَ المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة ، وما روى مالك عن عُمَرَ أيضاً أنه قال : ما بَالُ رِجَالٍ ينحلون أبناءهم نِحَلاً ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحداً ، وإن مات يجزها هو ، قال : هو لابني قد كنت أَعْطَيْتُهُ إياه ، فمن نَحَلَ نِحْلَةً فلم يجزها الذي نحلها للمنحول له ، وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ؛ وهو قول عليّ ،، قالوا : وهو (٣) إجماع من الصحابة؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف .

---

(١) قال ابن قدامة : القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه ، وفيما ينقل بالنقل وفى المشاع بتسليم الكل إليه ، فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب : وكل الشريك فى قبضة لك ونقله ، فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما ، فينقله ليحصل القبض ؛ لأنه لا ضرر على الشريك فى ذلك ويتم به عقد شريكه .
ينظر : المغنى : ٥/ ٦٥٥ .

(٢) فى ط : بالقبول .

(٣) فى الأصل : وهى .

وأما مَالكٌ فاعتمد الأَمْرَيْنِ جميعاً ، أعني : القياس ، وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عَقْدٌ من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها [١] القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لِسَدِّ الذَّرِيعَةِ التي ذكرها عمر جُعِلَ القبضُ فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب ، سقط حقه .

[لمن يحوز الأب من ولده]؟

وجمهور فقهاء الأمصار : على أن الأب يحوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره ، وللكبير السفيه الذي ما وهبه له ، كما يحوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيازة له إشهاده بالهبة ، والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة ، وفيما لا يتعين .

والأصلُ في ذلك عندهم : ما رواه مالك عن ابن شهَاب عن سعيد بن المُسَيِّب أن عثمانَ بنَ عَفَّانَ قال : مَنْ نَحلَ وَلَداً [٢] لَهُ صَغِيراً لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نِحلَتَهُ فَأَعْلَنَ ذَلِكَ ، وأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، فَهِيَ حِيَازَةٌ وَإِنْ وَلِيَهَا [٣] .

[شروط الحيازة في الْمَسْكُونِ ، والْمَلْبُوسِ للْوَلَد]

قال مالك وأصحابه : لا بد من الحِيَازَةِ في المسكون والملبوس ، فإن كانت داراً سكَنَ فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس إن لَبِسَهُ بَطلَت الهِبَةُ ،، وقالوا في سائر العُرُوضِ بمثل قول الفقهاء، أعني : أنه يكفي في ذلك إعْلانُهُ ، وَإِشْهَادُهُ .

[شُرُوط الْحِيَازَةِ للْولد في الذَّهَبِ وَالْفِضَّة]

وأما الذهبُ وَالْوَرِقُ : فاختلفت الرواية فيه عن مالك : فَرُوِيَ عنه أنه لا يجوز إلا أن يُخْرِجَهُ الأبُ عن يده إلى يد غيره ، وروي عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظَرْفٍ ، أو إِنَاءٍ ، وختم عليها بخاتم ، وأشهد على ذلك الشهودَ .

[قِيَامُ الوَصِيِّ مَقَامَ الأبِ بالنسبة للولد ، وهل تقوم الأم مَقَامَهُ ؟والقَوْلُ في الجَدِّ والجَدَّة]

ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصيَّ يقوم في ذلك مقام الأب ،، واختلفوا في الأم : فقال ابنُ القاسِمِ : لا تقوم مَقَامَ الأبِ ، ورواه عن مالك ،، وقال غَيْرُهُ من أصحابه :

---

(١) في الأصل : صحة . (٢) في ط : ابنا .
(٣) أخرجه مالك في « الموطأ » ٢/٧٧١ (٩) .

تقوم ؛ وبه قال أبو حنيفة ،، وقال الشافعي : الجد بمنزلة الأب ،، والجدة عند ابن وهب أُمُّ الأُمِّ تقوم مَقَامَ الأمِّ ، والأُمُّ عنده تقوم مَقَامَ الأب .

« القَوْلُ فى أَنْوَاعِ الهبَات »

والهبة منها : ما هي هبة عَيْنٍ ، ومنها : ما هي هبة مَنْفَعَة ،، وهبة العين منها : ما يُقْصَدُ بها الثَّوَابُ ، ومنها : ما لا يقصد بها الثواب ،، والتي يُقْصَدُ بها الثَّوَابُ : منها ما يقصد بها وَجْهُ الله ، ومنها : ما يقصد به وجه المخلوق ،، فأما الهبة لغير الثواب : فلا خِلافَ في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها .

[اخْتلافهم في هبة الثواب]

أما هبة الثواب [فاختلفوا فيها] [١] : فَأَجَازَهَا مالك ، وأبو حنيفة ، ومنعها الشافعي؛ وبه قال داود ، وأبو ثور ،، وسبب الخلاف : هل هي بَيْعٌ مجهول الثَّمَنِ ، أو ليس بيعاً مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعاً مجهول الثمن، قال : هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ، ومن لم يَرَ أنها بَيْعٌ مجهولٌ ، قال : يجوز ،، وكأن مالكاً جَعَلَ العُرْفَ فيها بمنزلة الشرط ، وهو ثَوَاب مثْلها .

[إذَا لَمْ يَرْضَ الواهبُ بالثَّوَاب]

ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يَرْضَ الوَاهبُ بالثوابَ ما الحُكْمُ ؟ فقيل : تَلْزَمُهُ الهبة إذا أعطاه الموهوبُ القيمَةَ ،، وقيل: لا تلزمه إلا أن يُرْضِيَهُ ؛ وهو قول عُمَرَ على ما سيأتي [٢] بعد ،، فإذا اشترط فيه [٣] الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك ،، وأما إذا ألزم القيمَةَ فهناك بَيْعٌ انْعَقَدَ .

[مَتَى تُحْمَلُ الهِبَةُ عَلَى الثَّوَاب ؟]

وإنما يَحْمِلُ مَالِكٌ الهِبَةَ عَلَى الثَّوَاب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك ؛ مثل : أن يَهَبَ الفقيرُ للغني ، أو لمن يرى أنه إنما قَصَدَ بذلك الثوابَ .

[أَنْوَاعٌ مِنْ هبَات الْمَنَافِع]

وأما هبات المنافع فمنها : ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عَارِيَّةً ، وَمِنْحَةً ، وما أشبه ذلك،، ومنها : ما يُشْتَرَطُ فيها ما بقيت حياةُ الموهوبِ له .

---

(١) سقط فى الأصل .
(٢) فى الأصل : يأتى .
(٣) فى الأصل : فيها .

[الهبةُ المُسَمَّاةُ بالعُمْرَى ، وأَقْوالُ العُلَماء فيها]

وهذه تُسَمَّى العُمْرَى : مثل أن يَهَبَ رجل رجلاً سُكْنَى دَارِ حَيَاتِه ، وهذه اختلف العلماءُ فيها على ثلاثة أقوال: أحدها : أنها هِبَةٌ مَبْتُوتَةٌ ، أي : أنها هِبَة للرَّقْبَةِ ؛ وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثَّوْرِيُّ ، وأحمدُ ، وجماعة .

والقول الثَّاني : أنه ليس لِلْمُعَمَرِ [(١)] فيها إلا المنفعةُ ، فإذا مات عادت الرِّقْبَةُ للمعمر ، أو إلى وَرَثَته ؛ وبه قال مالك ، وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المُعَمِّرِ ، أو ورثته .

والقول الثالث : أنه إذا قال : هي عُمْرَي [(٢)] لك ، ولِعَقِبِكَ ، كانت الرِّقْبَةُ مِلْكاً لِلْمُعَمَّرِ ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرِّقْبَةُ بعد موت المعمَّر للمعمر ، أو لورثته ؛ وبه قال داود ، وأبو ثور .

[سَبَبُ اختلاف العُلَمَاء في هبَة العُمْرَى]

وسببُ الخلاف في هذا الباب : اخْتِلافُ الآثَارِ ، ومُعَارَضَةُ الشَّرْطِ والعمل للأثر : أما الأثرُ : ففي ذلك حديثان : أحدهما : مُتَّفَقٌ على صحَّته ، وهو ما رَوَاهُ مالكٌ عن جَابرٍ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا رَجُل أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلعقبه ، فَإنَّهَا للَّذى يُعْطَاها لا تَرْجِعُ إِلَى الَّذى أَعْطَاهَا أَبَداً**» [(١٠٩٤)] ؛ لأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ المَوَارِيثُ ، ، والحديثُ الثَّانِي :

---

(١) فى الأصل : للعمر .

(٢) العُمْرَى : مأخوذة من العمر ؛ لأنه يهبها له مدة عمره ، والرقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه ، فأيهما مات كانت للحى ، والرقوب : الانتظار ، قال الله تعالى : ﴿ فارتقب إنهم مرتقبون﴾ أى : انتظر إنهم منتظرون .

ينظر : النظم المستعذب : ٢/ ٩٥ .

(١٠٩٤) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٦) كتاب الأقضية : باب القضاء فى العمرى ، حديث (٤٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٤٥) كتاب الهبات : باب العمرى ، حديث (٢٠/ ١٦٢٥) ، وأبو داود (٣/ ٨١٩) كتاب البيوع والإجارات : باب فى العمرى له ولعقبه ، حديث (٣٥٥٣) ، والترمذى (٣/ ٦٣٢) كتاب الأحكام : باب فى العمرى ، حديث (١٣٥٠) ، والنسائى (٦/ ٢٧٤ - ٢٧٥) كتاب العمرى ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات : باب العمرى ، حديث (٢٣٨٠) ، والطيالسى (١/ ٢٨١ - منحة) رقم (١٤٢٤) ، وابن الجارود (٩٨٧) ، وأبو يعلى (٤/ ٧١ - ٧٢) رقم (٢٠٩٢ ، ٢٠٩٣) ، وابن حبان (٥١٠٨ ، ٥١١٣ ، ٥١١٥ ، ٥١١٦ - الإحسان) ، والشافعى (٢/ ١٦٨) كتاب الهبة والعمرى، حديث (٥٨٨) ، وأحمد (٣/ ٣٩٣ ، ٣٩٩) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٩٢) ، والبيهقى (٦/ ١٧٢) كتاب الهبات : باب العمرى ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٢١ - بتحقيقنا) من طريق أبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة به .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

=

حَدِيثُ أبي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « **يَا مَعْشَرَ الأَنْصَارِ أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلا تُعْمِرُوهَا ، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً حَيَاتَه فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ ، وَمَمَاتَهُ** » (١٠٩٥) ، ، وقد رُوِيَ عن جابر بلفظ آخر : « **لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه ، فهو لورَثَته** » (١٠٩٦) ، ، فحديثُ أبي الزبيرِ عَنْ جَابرٍ مُخَالفٌ لشَرْط الْمُعَمِّر (١) ، وحديث مَالكَ عنه مُخَالفٌ أيضاً لشرط المعمر ، إلا أنه يُخَيَّلُ أَنَّهُ أَقَلُّ في المخالفة ؛ وذلك أن ذكر العَقِبِ يُوهِمُ تثبيت العطية ، فمن غَلَّبَ الحديثَ على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ، ومن غَلَّبَ الشرط ، قال بقول مالك .

وأما من قال : إن العُمْرَى تعودُ إلى الْمُعَمِّرِ إن لم يَذْكُرِ العَقِبَ ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث .

وأما حديث أبي الزبير عن جابر فَمُخْتَلَفٌ فيه ، أعني : رواية أبي الزبير عن جابر .

[هبة الإسكان ، والإخدام]

وأما إذا أتى بلفظ الإسْكَانِ فقال : أَسْكَنْتُكَ هذه الدار حَيَاتَكَ : فالجمهورُ على أن الإسكانَ عندهم ، أو الإخدام بخلاف العُمْرَى ، ، وَإِنْ لَفَظَ بالعَقِب : فَسَوَّى مالكٌ بين التعميرِ والإسكان ، ، وكان الحسن ، وعطاء ، وقتادة يُسَوُّون بين السُّكْنَى والتعمير ، في أنها لا تنصرف إلى الْمَسْكَنِ أبداً على قول الجمهور في العمرى ، ، والحقُّ أن الإسكانَ ، والتعميرَ مَعْنَى المفهوم منهما وَاحدٌ ، وأنه يجبُ أنْ يكونَ الحُكْمُ إِذَا صَرَّحَ بالعَقِبِ مُخَالفاً له إذا لم يُصَرِّحْ بلفظ العقب على ما ذَهَبَ إليه أَهْلُ الظَّاهِرِ .

* * *

= ومن طريق أبى سلمة أخرجه البخارى (٥/ ٢٨٢) كتاب الهبة : باب ما قيل فى العمرى والرقبى ، حديث (٢٦٢٥) بلفظ : قضى النبى ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له .

(١٠٩٥) أخرجه مسلم (٣/١٢٤٦) كتاب الهبات : باب العمرى ، حديث (٢٦/ ١٦٢٥) ، والنسائى (٦/ ٢٧٤) كتاب العمرى : باب اختلاف الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، وأحمد (٣/٣١٧) ، وابن أبى شيبة (٧/ ١٤٢) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ٢٨٤) من طريق أبى الزبير به .

(١٠٩٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٠) كتاب البيوع : باب من قال فى العمرى له ولعقبه ، حديث (٣٥٥٦) ، والنسائى (٦/ ٢٧٣) كتاب العمرى : باب اختلاف الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، والبيهقى (٦/ ١٧٥) كتاب الهبات : باب الرقبى ، من طريق ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبى ﷺ به .

وصححه الألبانى فى « الإرواء » (٦/ ٥٢) .

(١) فى الأصل : العمر .

القَوْلُ في الأَحْكَامِ

[الرُّجُوعُ في الهِبَةِ ، وَمَتَى يَجُوزُ للأَبِ وَالأُمِّ الرُّجُوعُ ؟]

ومِنْ مسائلهِمُ المشهورةِ في هذا البَابِ جوازُ الاعتصَارِ في الهبة ، وهو الرُّجُوعُ فيهَا : فذهب مالكٌ ، وجمهورُ علماءِ « المدينة » أن للأب أن يَعْتَصِرَ ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ، أو لم يستحدث دِيناً ، ، وبالجملة : ما لم يترتبْ عليه حَقُّ الغَيْرِ ، وأَنَّ للأُمِّ أيضاً أن تَعْتَصِرَ ما وهبتْ إن كان الأبُ حَيّاً ، ، وقد رُوِيَ عن مالكٍ أنها لا تَعْتَصِرُ .

[مَنْ قَالَ بِعَدَمِ الرجوعِ في الهبة]

وقال أحمدُ ، وأهلُ الظاهرِ : لا يجوز لأحدٍ أن يعتصرَ مَا وَهَبَهُ ، ، وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهب إلا ما وهبَ لذي رَحِمٍ مُحَرَّمَةٍ عليه .

[الهِبَةُ التي يُرَادُ بهَا وجهُ الله لا يجوزُ فيها الرجُوعُ]

وأجمعوا على أن الهبة التي يُرَادُ بها الصَّدَقَةُ ، أي : وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها .

[سَبَبُ اختلاف الفقهاء في هذا الباب]

وسببُ الخلاف في هذا الباب : تعارضُ الآثارِ : فمن لم يَرَ الاعتصارَ أصلاً ، احتج بعمومِ الحديث الثابت ؛ وهو قَوْلُهُ - عليه الصلاة والسلام - : « **العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِه** » (١٠٩٧) ، ،

(١٠٩٧) أخرجه البخارى (٥/ ٢٧٧) كتاب الهبة : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، حديث (٢٦٢١) ، ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات : باب تحريم الرجوع فى الصدقة ، حديث (٥/ ١٦٢٢) ، وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٣٥٣٨)، والنسائى (٦/ ٢٦٦) كتاب الهبة : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٢٣٨٥) ، وأحمد (١/ ٢٨٠ ، ٢٨٩ ، ٣٣٩ ، ٣٤٢ ، ٣٤٥ ، ٣٤٩) ، وأبو داود الطيالسى (١/ ٢٨٠ - منحة) رقم (١٤١٩) ، وابن الجارود (٩٩٣) ، وابن حبان (٥٠٩٩ ، ٥١٠٠ -الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٧) كتاب الهبة والصدقة : باب الرجوع فى الهبة ، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات : باب لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ١٤٥ ، ٢٨١) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٢٤ - بتحقيقنا) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٧/ ٣٨٥) من طرق عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس به .

وأخرجه البخارى (٥/ ٢٧٧ - ٢٧٨) كتاب الهبة : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، حديث (٢٦٦٢) ، وفى « الأدب المفرد » رقم (٤١٧) ، والنسائى (٦/ ٢٧٦) كتاب الهبة : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، والترمذى (٣/ ٥٩٢) كتاب البيوع : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (١٢٩٨) ،=

... ...

= وأحمد (١/ ٢١٧) ، والحميدى (١/ ٢٤٣) رقم (٥٣٠) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة : باب الرجوع فى الهبة ، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات : باب لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ، وأبو يعلى (٤/ ٢٩٣ - ٢٩٤) رقم (٢٤٠٥) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٢٥ - بتحقيقنا) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٨/ ١٧٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس قال : قال النبى ﷺ : « ليس لنا مثل السوء ، الذى يعود فى هبته كالكلب يرجع فى قيئه » .

وأخرجه البخارى (٥/ ٢٥٦) كتاب الهبة : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ، حديث (٢٥٨٩) ، ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات : باب تحريم الرجوع فى الصدقة ، حديث (٨/ ١٦٢٢)، والنسائى (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة : باب الرجوع فى الهبة ، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات : باب لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ، كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس قال : قال النبى ﷺ: « العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه » .

وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس معا :

أخرجه أبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع والإجارات : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٣٥٣٩) ، والنسائى (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، والترمذى (٣/ ٥٩٢) كتاب الأحكام : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، حديث (١٢٩٩) ، وأحمد (٢/ ٢٧ ، ٧٨) ، وابن حبان (١١٤٨ - موارد) ، وأبو يعلى (٥/ ١٠٥ - ١٠٦) رقم (٢٧١٧) ، وابن الجارود (٩٩٤) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٩) ، والدارقطنى (٣/ ٤٢ - ٤٣) كتاب البيوع ، والحاكم (٢/ ٤٦) ، والبيهقى (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات : باب لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته ، كلهم من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب ، عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل لرجل أن يعطى عطية فيرجع فيها كالكلب أكل حتى إذا تم قاء ثم رجع فى قيئه » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ؛ فإنى لا أعلم خلافاً فى عدالة عمرو بن شعيب ، إنما اختلفوا فى سماع أبيه من جده . ووافقه الذهبى .

وأخرجه أحمد (١/ ٣٤٢) من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس به .

وللحديث شواهد من حديث عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وأبى هريرة ، وجابر .

حديث عمر :

أخرجه البخارى (٢/ ٢٧٨) كتاب الهبة : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، حديث (٢٦٢٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٣٩) كتاب الهبات : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ، حديث (١/ ١٦٢٠) ، وأحمد (١/ ٤٠) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٩) كتاب الهدية والهبة: باب الرجوع فى الهبة ، من طريق جماعة عن زيد بن أسلم عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب يقول : « حملت على فرس فى سبيل الله فأضاعه الذى كان عنده ، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص ، فسألت عن ذلك النبى ﷺ فقال : « لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد ؛ فإن العائد فى صدقة كالكلب يعود فى قيئه » .

ورواه عبد الله بن عمر العمرى عن زيد بن أسلم عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال : « العائد فى هبته =

ومَن استثنى الأبوين (١) ، احتج بحديث طاوس أنه قال - عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلا الوَالِدَ** » (١٠٩٨) ، وقاس الأمَّ على الوالدِ ، ، وقال

= كالكلب يعود فى قيئه » .

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٧ - ٧٩٨) كتاب الهبات : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٢٣٨٦) .

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص :

أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢) ، وأبو داود (٣/ ٨١٠) كتاب البيوع والإجارات : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٣٥٤٠) ، والنسائى (٦/ ٢٦٤ - ٢٦٥) كتاب الهبة : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال : « مثل الذى يسترد ما وهب كمثل الكلب يقئ فيأكل قيئه ، فإذا استرد الواهب فليوقف فليعرف بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب » .

حديث أبى هريرة :

أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٩ ، ٤٣٠ ، ٤٩٢) ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٧) كتاب الهبات : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٢٣٨٤) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٨) كتاب الهدية والهبة : باب الرجوع فى الهبة ، والعقيلى فى « الضعفاء » (٤/ ٣٢٢) كلهم من طريق خلاس بن عمرو عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « العائد فى هبته كالكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم يعود فى قيئه » وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه .

قال البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٢٣٥) : هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ، قال الإمام أحمد ابن حنبل وغيره : خلاس بن عمرو الهجرى لم يسمع من أبى هريرة شيئاً .

وقال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص - ١٧٣) : وقال يحيى بن سعيد : كان فى أطراف عوف خلاس ومحمد عن أبى هريرة حديث « إن موسى عليه السلام كان حيياً فقالت بنو إسرائيل : هو آدر » « فسألت عوفاً فترك محمداً وقال : خلاس مرسل - أى لم يرو عن أبى هريرة » .

حديث جابر :

أخرجه الطبرانى فى « الصغير » (٢/ ١١٤) ، والعقيلى فى « الضعفاء » (٣/ ٤٥) من طريق عبد الحميد بن الحسن الهلالى عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ قال : « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه » .

قال الطبرانى : لم يروه عن محمد بن المنكدر إلا عبد الحميد بن الحسن .

وقال العقيلى : عبد الحميد لا يتابع على حديثه عن ابن المنكدر .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ١٥٦) وقال : رواه الطبرانى فى « الصغير » وفيه عبد الحميد بن الحسن الهلالى ، وثقه ابن معين وأبو حاتم ، وضعفه أبو زرعة وغيره . أ.هـ .

(١) فى الأصل : الأمرين .

(١٠٩٨) أخرجه الشافعى (٢/ ١٦٨) كتاب الهبة والعمرى ، حديث (٥٨٤) ، والنسائى (٦/ ٢٦٨) كتاب الهبة : باب الاختلاف على طاوس فى الراجع فى هبته ، وعبد الرزاق (٩/ ١١٠) رقم (١٦٥٣٦)، والبيهقى (٦/ ١٧٩) كتاب الهبات : باب لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب ، كلهم من طريق ابن جريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لأحد يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد » .

ولفظ الشافعى : « لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب ، إلا الوالد من ولده » . =

الشافعيُّ رضى الله عنه : لو اتصل حديثُ طاوسَ لقلتُ بِهِ ،، وقال غَيْرُهُ : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثِقَةٌ .

وأما مَنْ أَجَازَ الاعتصارَ إلا لذَوِي الرَّحِم الْمُحَرَّمَة : فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال : من وَهب هبةً لصلة رحمٍ ، أو على جهة صدقة ، فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها ، فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يرضَ منها [1] ،، قالوا : وأيضاً فإن الأصلَ أن من وهب شيئاً من غير عِوَضٍ أنه لا يقضي عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة .

[مَنْ تصدَّقَ على ابنه أو أبيه فَمَاتَ]

وجمهور العلماء : على أن من تصُدق على ابنه فمات الابنُ بعد [2] أن حَازَهَا ، فإنه يَرِثُهَا ،، وفي مُرْسَلات مالك : « **أَنَّ رَجُلاً أَنْصَارِيا مِنَ الخَزْرَج تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْه بِصَدَقَة فَهَلَكَا ، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ ، وَهُوَ نَخْلٌ ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ النَّبِيَّ - عَلَيْه الصَّلاةُ والسَّلامُ - فَقَالَ: لَقَدْ أُجِرْتَ فِي صَدَقَتِكَ ، وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ** » [(١٠٩٩)] ،، وَخَرَّجَ أبو دَاودَ عن عبدِ الله بن بُرَيْدَةَ

= وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس :

أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٧) ، وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع : باب الرجوع فى الهبة ، حديث (٣٥٣٩) ، والترمذى (٤/ ٤٤٢) كتاب الولاء والهبة : باب كراهية الرجوع فى الهبة ، والنسائى (٦/ ٢٦٧ - ٢٦٨) كتاب الهبات : باب الاختلاف على طاوس فى الراجع فى هبته ، وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، حديث (٢٣٧٧) ، والدارقطنى (٣/ ٤٢) كتاب البيوع، حديث (١٧٧) ، والبيهقى (٦/ ١٧٩) كتاب الهبات : باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده ، والحاكم (٢/ ٤٦) كتاب البيوع ، وابن حبان (١١٤٨ - موارد) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٧٩) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل لرجل يعطى عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الذى يعطى عطية ثم يرجع فيها مثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فيه » .

قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد . ووافقه الذهبى .

وصححه ابن حبان .

(١) أخرجه مالك فى « الموطأ » ٢/ ٧٥٤ (٤٢) .

(٢) فى الأصل : قبل .

(١٠٩٩) أخرجه مالك فى « الموطأ » (٢/ ٧٦٠) كتاب الأقضية : باب صدقة الحى على الميت ، حديث (٥٤) فقال : بلغنى أن رجلا من الأنصار من بنى الحارث بن خزرج . . . فهو من بلاغات مالك لا من مرسلاته .

وهذا البلاغ له شاهد من حديث بريدة :

أخرجه مسلم (٢/ ٨٠٥) كتاب الصيام : باب قضاء الصيام عن الميت ، حديث (١٥٧/ ١١٤٩) =

عن أبيه عن امرأة أتتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ فقالتْ : « **كُنْتُ قَدْ تَصَدَّقْتُ عَلَى أُمِّي بولَيدَة ، وأَنَّهَا مَاتَتْ وتَرَكَتْ تِلْكَ الوَلِيدَةَ ، فَقَالَ** ﷺ : **وَجَبَ أَجْرُك ، ورَجَعَتْ إِلَيْكَ بالميرَاث**»(١١٠٠).

[أَهْلُ الظاهر يمنعونَ الرُّجُوعَ في الهبة ، وَدَليلُهُمْ]

وقال أهلُ الظاهرِ : لا يجوز الاعتصارُ لأحد ؛ لعمومِ قوله - عليه الصلاة والسلام - لِعُمَرَ : « **لا تَشْتَرِه** » - في الفَرَسِ الذي تَصَدَّقَ بِهِ - « **فَإِنَّ العَائِدَ فِي هِبَتِه كَالْكَلْب يَعُودُ في قَيْئِه** » ،، والحديث مُتَّفَقٌ على صِحَّتِه ،، قال القاضي : والرجوع في الهبة ليس من محاسنِ الأخلاق (١) ، [والشارع - عليه الصلاة والسلام - إنما بُعِثَ](٢) ليتمم مَكَارِمَ

= وأبو داود (٣/٢٩٧) كتاب الوصايا : باب الرجل يهب الهبة ، حديث (٢٨٧٧) ، والترمذى (٣/٥٤) كتاب الزكاة : باب المتصدق يرث صدقته ، حديث (٦٦٧) ، والنسائى فى « الكبرى » (٤/٦٧) رقم (٦٣١٧) ، وابن ماجه (١/٥٥٩) كتاب الصيام : باب من مات وعليه صيام من نذر ، حديث (١٧٥٩) ، والحاكم (٤/٣٤٧) كتاب الفرائض ، عن بريدة قال : بينا أنا جالس عند رسول الله ﷺ إذ أتته امرأة فقالت : إنى تصدقت على أمى بجارية ، وإنها ماتت . قال : فقال : « وجب أجرك وردها الميراث » ، قالت: يا رسول الله إنه كان عليها صوم شهر ، أفأصوم عنها ؟ قال : «صومى عنها » ، قالت : إنها لم تحج قط أفأحج عنها ؟ قال : « حجى عنها » .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وهو وهم ؛ فقد أخرجه مسلم .

(١١٠٠) رواه مسلم (الصيام : ١١٤٩/١٥٧) ، ورواه أبو داود (٢٨٧٧) ، والترمذى (٦٦٧) ، وابن ماجه (١٧٥٩) ، ووهم الحاكم فاستدرك هذا الحديث على مسلم (٤/٣٤٧) وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(١) لكن الأولى ألا يرجع إلا عن غرض ومقصود ، مثل أن يريد التسوية بين الأولاد ، أو إبداله بما هو أنفع للولد ، وذهب قوم إلى أنه لا رجوع له فيما وهب لولده ، ولا لأحد من ذوى محارمه ، وله أن يرجع فيما وهب للأجانب ما لم يثب عليه ، يروى ذلك عن عمر ، وهو قول الثورى وأصحاب الرأى ، وجوز مالك الرجوع فى الهبة على الإطلاق إذا لم يكن الموهوب قد تغير عن حاله، وقالوا جميعاً : لا يرجع أحد الزوجين فيما وهب لصاحبه .

قال الزهرى فيما قال لامرأته : هبى لى بعض صداقك أو كله ، ثم لم يمكث إلا يسيراً حتى طلقها فرجعت فيه ؟ قال : يرد إليها إن كان خلبها ، وإن كانت أعطته عن طيب نفس لا خديعة فيه جاز ، قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ فإن طبن لكم عن شئ منه نفساً فكلوه ﴾ .

ينظر : شرح السنة ٤/٤٢٧ .

(٢) فى الأصل : إنما بعث الشارع .

الأخلاق [(١١٠١)] ، وهذا القَدْرُ كافٍ في هذا البابِ .

❊ ❊ ❊

(١١٠١) أخرجه البخارى فى « الأدب المفرد » رقم (٢٧٣) ، وأحمد (٢/ ٣١٨) ، وابن سعد فى «الطبقات الكبرى » (١/ ١٩٢) ، والحاكم (٢/ ٦١٣) كتاب أخبار النبى ﷺ ، وابن أبى الدنيا فى «مكارم الأخلاق » رقم (١٣) ، والخرائطى فى « مكارم الأخلاق » (ص - ٢) ، والبيهقى (١٠/ ١٩١ - ١٩٤) ، وفى « شعب الإيمان » (٦/ ٢٣٠ - ٢٣١) رقم (٧٩٧٨) ، والقضاعى فى « مسند الشهاب » (٢/ ١٩٢) رقم (١١٦٥) من طريق محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعاً .

وعند أحمد والخرائطى : « صالح الأخلاق » .

وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . ووافقه الذهبى .

ورواه مالك فى « الموطأ » (٢/ ٩٠٤) كتاب حسن الخلق : باب حسن الخلق ، حديث (٨) بلاغاً أن رسول الله ﷺ قال : « إنما بعثت لأتمم محاسن الأخلاق » .

وفى الباب عن جابر ومعاذ بن جبل .

حديث جابر :

أخرجه البيهقى فى « شعب الإيمان » (٦/ ٢٣١) ، والطبرانى فى « الأوسط » كما فى مجمع الزوائد (٨/ ١٩١) من طريق عمر بن إبراهيم بن خالد : ثنا يوسف بن محمد بن المنكدر عن أبيه عن جابر ابن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله بعثنى بمحاسن الأخلاق وكمال محاسن الأفعال » .

قال البيهقى : إسناده ضعيف .

وقال الهيثمى فى « المجمع » (٨/ ١٩١) : وفيه عمر بن إبراهيم القرشى ، وهو ضعيف .

حديث معاذ :

ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٨/ ٢٦) عنه قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله إنى أحب الجمال ، وإنى أحب أن أحمد - كأنه يخاف على نفسه - فقال له رسول الله ﷺ : «وما يمنعك أن تحب أن تعيش حميداً وتموت سعيداً ، وإنما بعثت لإتمام محاسن الأخلاق » .

وقال الهيثمى : رواه الطبرانى والبزار وفيه عبد الرحمن ابن أبى بكر الجدعانى وهو ضعيف .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله وصحبه ، وسلم تسليمًا

كِتَابُ الوَصَايَا (١)

[النَّظَرُ في الوَصَايَا]

والنَّظَرُ يَنْقَسِمُ أَوَّلاً قِسْمَيْنِ : القسمُ الأولُ : النظرُ في الأركانِ ، ، والثاني : في الأحكام ، ، ونحن فإنما نتكلمُ من هذه فيما وقعَ فيها من المسائلِ المشهورةِ .

القَوْلُ في الأَرْكَان

[أركانُ كتَابِ الوَصَايَا]

الأركان أربعة : الْمُوصِي ، والْمُوصَى لَهُ ، والْمُوصَى بِهِ ، والوَصِيَّةُ .

---

(١) الوصايا لغة : جمع وصية ، قال ابن القطاع : يقال : وصيت إليه وصاية ووصية ، ووصيته وأوصيته ، وأوصيت إليه ، ووصيت الشئ بالشئ وصيا : وصلته .

قال الأزهرى : وسميت الوصية وصية ؛ لأن الميت لما أوصى بها ، وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته ، يقال : وصى وأوصى بمعنى ، ويقال : وصى الرجل أيضاً ، والاسم: الوصية والوصاة .

ينظر : المصباح المنير : ٢/ ٦٦٢ ، الصحاح ٦/ ٢٥٢٥ ، والمغرب ٢/ ٣٥٧ ، لسان العرب : ٦/ ٤٨٥٣ .

واصطلاحاً :

عرفها الحنفية بأنها : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع .

وعرفها الشافعية بأنها : تبرع بحق مضاف ، ولو تقديراً لما بعد الموت .

وعرفها المالكية بأنها : عقد يوجب حقاً فى ثلث عاقده يلزم بموته ، أو نيابة عنه بعده .

وعرفها الحنابلة بأنها : الأمر بالتصرف بعد الموت .

ينظر : شرح فتح القدير : ٨/ ٤١٦ ، مغنى المحتاج : ٣/ ٣٩ ، شرح منح الجليل : ٤/ ٦٤٢ ، كشاف القناع : ٤/ ٣٣٥ .

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى فى أربعة مواضع من المواريث : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ [النساء : ١١] وأخبار كخبر ابن ماجه « المحروم من حرم الوصية ، من مات على وصيةٍ ، مات على سبيل ، وسنة ، وتقى ، وشهادة ، ومات مغفوراً له » .

وكانت أول الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين ، ثم نسخ وجوبها بآية المواريث ، وبقى استحبابها فى الثلث فأقل لغير الوارث ، إن قل المال ، وكثر العيال .

[الكلامُ فِي الْمُوصِي ووَصيَّة الصَّبيِّ والسَّفيه وَالْكَافر]

أما الْمُوْصِي : فاتفقوا على أنه كُلُّ مالكٍ صحيح المِلْك ، ويصحُ عند مالك وَصِيَّةُ السفيهِ ، والصبي الذي يعقل القرب ،، وقال أبو حنيفة : لا تجوزُ وصيةُ الصبي الَّذي لم يبلغ ،، وعن الشافعي القولان ،، وكذلك وصيةُ الكافرِ تصحُّ عندهم إذا لم يُوْصِ بِمُحَرَّمٍ .

[الْمُوْصَى لَهُ ، وَهَلْ تَجُوزُ لِوَارِث ؟ وهلَ تجوزُ لغير القرابة ؟]

وأما الْمُوْصى له : فإنهم اتفقوا على أن الوصيَّة لا تجوز لوارث ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ** » (١١٠٢) ،، واختلفوا هل تجوزُ لغيرِ القرابةِ ؟ فقال جمهورُ

(١١٠٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) كتاب الوصايا : باب الوصية للوارث ، حديث (٢٨٧٠) ، والترمذى (٤/ ٤٣٣) كتاب الوصايا : باب ولا وصية لوارث ، حديث (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا : باب لا وصية لوارث ، حديث (٢٧١٣) ، وأحمد (٥/ ٢٦٧) ، والطيالسى (٢/ ١١٧ - منحة) رقم (٢٤٠٧) ، وسعيد بن منصور (٤٢٧) ، والدولابى فى « الكنى » (١/ ٦٤) ، وأبو نعيم فى «تاريخ أصبهان » (١/ ٢٢٧) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين ، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة الباهلى ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول فى خطبته عام حجة الوداع : « إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث » .

وقال الترمذى :حديث حسن صحيح .

وأخرجه ابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٩٤٩) من طريق الوليد بن مسلم قال : ثنا ابن جابر ، ثنا سليم بن عامر ، سمعت أبا أمامة ، فذكر الحديث .

وفى الباب عن جماعة من الصحابة وهم عمرو بن خارجة ، وأنس بن مالك ، وابن عباس ، وجابر ، وعلى ، وعبد الله بن عمرو ، ومعقل بن يسار ، وزيد بن أرقم ، والبراء ، ومجاهد مرسلاً.

حديث خارجة :

أخرجه الترمذى (٤/ ٤٣٤) كتاب الوصايا : باب لا وصية لوارث ، حديث (٢١٢١) ، والنسائى (٦/ ٢٤٧) كتاب الوصايا : باب إبطال الوصية للوارث ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٥) كتاب الوصايا : باب لا وصية لوارث ، وأحمد (٤/ ١٨٦ ، ١٨٧) ، والدارمى (٢/ ٤١٩) كتاب الوصايا : باب الوصية للوارث، والطيالسى (١٣١٧) ، وأبو يعلى (٣/ ٧٨) رقم (١٥٠٨) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين ، كلهم من طريق شهر بن حوشب ، عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو ابن خارجة ؛ أن النبى ﷺ خطب على ناقته وأنا تحت جرانها ، وإن لعابها يسيل بين كتفى، فسمعته يقول: « إن الله عز وجل أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث » .

قال الترمذى : حسن صحيح .

وللحديث طريق آخر :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٥٢) كتاب الوصايا ، حديث (١٠) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين ، من طريق زياد بن عبد الله عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن عن عمرو بن خارجة مرفوعاً بلفظ : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » . =

... ...

= وضعف البيهقى سنده .

وأخرجه الطبرانى فى « الكبير » (٤/ ٢٠٢) رقم (٤١٤٠) من طريق عبد الملك بن قدامة الجمحى عن أبيه عن خارجة بن عمرو ؛ أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح وأنا عند ناقته : « ليس لوارث وصية ، قد أعطى الله عز وجل كل ذى حق حقه ، وللعاهر الحجر » .

وقال الهيثمي: رواه الطبرانى وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحى وثقة ابن معين وضعفه الناس.أ.هـ.

قلت : ووثقه أيضا يعقوب بن سفيان فقال فى « المعرفة والتاريخ » (١/ ٤٣٥) : مدني ثقة .

لكن عبد الملك هذا ضعفه الجمهور .

قال البخارى فى « « الضعفاء » (٢٢٠) : يعرف وينكر .

وقال أبو زرعة الرازى : منكر الحديث « سؤالات البرذعى » ص (٣٥٦) .

وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث « علل الحديث » (٢٤٣٥) .

وقال النسائى : مدنى ليس بالقوى « الضعفاء والمتروكين » (٤٠٣) .

وقال الدارقطنى : مدنى يترك « سؤالات البرقانى » (٣٠١) .

حديث أنس :

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٦) كتاب الوصايا : باب لا وصية لوارث ، حديث (٢٧١٤) ، والدارقطنى (٤/ ٧٠) كتاب الفرائض ، حديث (٨) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٤ - ٢٦٥) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين ، من طريق عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد بن أبى سعيد عن أنس به .

قال البوصيرى فى « الزوائد » (٢/ ٣٦٨) : هذا إسناد صحيح ، رجاله ثقات .

حديث ابن عباس :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض ، حديث (٨٩) و، البيهقى (٦/ ٢٦٣) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين ، من طريق ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس .

قال البيهقى : عطاء هو الخراسانى لم يدرك ابن عباس ولم يره . قاله أبو داود وغيره .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٢٦٣ - ٢٦٤) من طريق يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس.

قال الحافظ فى « التلخيص » (٣/ ٩٢) : حديث حسن .

حديث جابر :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض ، حديث (٩٠) من طريق فضل بن سهل : ثنى إسحاق ابن إبراهيم الهروى ، ثنا سفيان عن عمر عن جابر به .

قال الدارقطنى : الصواب مرسل .

قال أبو الطيب آبادى فى « التعليق المغنى » (٤/ ٩٧) : إسحاق بن إبراهيم الهروى ثم البغدادى أبو موسى ، وثقه ابن معين وغيره ، وقال عبد الله بن على بن المدينى : سمعت أبى يقول : أبو موسى الهروى روى عن سفيان عن عمرو عن جابر : لا وصية . . . الحديث .

كأنه سفيان عن عمرو مرسلاً ، كذا فى الميزان . أ.هـ . =

... ...

= وللحديث طريق آخر :

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٢) كتاب الوصايا ، حديث (١٢) من طريق نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا وصية لوارث ، ولا إقرار بدين .

حديث على :

أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧) كتاب الفرائض ، حديث (٩١) من طريق يحيى بن أبى أنيسة عن أبى إسحاق الهمدانى عن عاصم بن ضمرة عن على قال : قال رسول الله ﷺ : « الدين قبل الوصية ، ولا وصية لوارث » .

ومن طريق يحيى أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٧/ ١٩٠) .

ويحيى بن أبى أنيسه :

قال أحمد : متروك الحديث .

وقال ابن المدينى : لا يكتب حديثه .

وقال ابن معين : ليس بشئ .

وقال البخارى : لا يتابع فى حديثه ، وليس بذاك .

وقال النسائى : متروك الحديث .

أسند ذلك ابن عدى فى « الكامل » عنهم .

حديث عبد الله بن عمرو :

أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٨) كتاب الفرائض ، حديث (٩٣) ، وابن عدى فى « الكامل » (٢/ ٨١٧) من طريقين عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى ﷺ قال فى خطبته يوم النحر : لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » .

حديث معقل بن يسار :

أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٥/ ٢١١) من طريق على بن الحسن بن يعمر : ثنا المبارك بن فضالة عن الحسن قال : قال معقل بن يسار : كنا بـ« منى » ، وكان رسول الله ﷺ يخطب ولعاب ناقته بين كتفى ، ففهمت من كلامه قال : « لا وصية لوارث » .

قال ابن عدى : هذا الحديث باطل بهذا الإسناد .

حديث زيد بن أرقم والبراء :

أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٦/ ٣٥٠) من طريق موسى بن عثمان الحضرمى عن أبى إسحاق عن البراء وزيد بن أرقم قالا : كنا مع النبى ﷺ يوم غدير خم ونحن نرفع غصن الشجرة عن رأسه فقال : « إن الصدقة لا تحل لى ولا لأهلى ، لعن الله من ادعى إلى غير أبيه ، ولعن الله من تولى غير مواليه ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر ، ليس لوارث وصية » .

قال ابن عدى : موسى بن عثمان ، حديثه ليس بمحفوظ .

وقال أبو حاتم : متروك .

ينظر : اللسان (٦/ ١٢٥) ، والميزان (٤/ ٢١٤) .

مرسل مجاهد :

=

العلماء : إنها تجوزُ لغيرِ الأقربينَ مَعَ الكراهيةِ (١) ،، وقال الحسنُ ، وطاوسٌ : ترد الوصيةُ على القرابة ؛ وبه قال إسحاق .

[حُجَّةُ مَنْ لم يُجزْهَا للأَجْنَبيِّ]

وحجةُ هؤلاءِ : ظاهرُ قولهِ تعالى : ﴿الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة : ١٨٠]، والألف واللام تقتضي الحصرَ .

[حُجَّةُ مَنْ أَجَازَهَا للأجنبي]

واحتج الجمهورُ عليهم : بحديث عِمْرَانَ بن الحُصَيْنِ المشهور : وَهُوَ : **أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضِه عِنْدَ مَوْتِه لا مَالَ لَهُ غَيْرُهُم، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً** » (٢) ،، والعبيدُ غيرُ القرابة .

[إِذَا أَجَازَ الوَرَثَةُ الوَصِيَّةَ لِوَارِث مَنْ أَجَازَ مِنَ الفقهاء ، وَمَنْ لم يجزْ ، ودليلُ كُلٍّ مِنْهُم]

وأجمعوا كما قلنا أنها لا تجوزُ لوارثٍ إذا لم يُجزْهَا الورثةُ ،، واختلفوا كما قلنا إذا أجازَهَا الورثةُ : فقال الجمهورُ : تجوزُ ،، وقال أهلُ الظاهرِ والمُزَنِي : لا تجوزُ ،، وسببُ الخلافِ : هَلِ المنعُ لعلةِ الورثة ، أو عِبَادَة ؟ فَمَنْ قالَ : عِبَادَةٌ ، قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ،، ومن قال بالمنع لحقِّ الورثة ، أجازها إذا أجازها الورثةُ ،، وتَرَدُّد هذا الخلافِ رَاجِعٌ إلى تَرَدُّدِ المفهومِ مِن قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ** » هل هو معقول المعنى ، أم ليس بمعقول (٣)؟ .

= أخرجه البيهقى (٦/ ٢٦٤) كتاب الوصايا : باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين ، من طريق الشافعى عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد به .

(١) فى الأصل : الكراهة . (٢) تقدم .

(٣) قال ابن قدامة : الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة ، لم تصح بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا ، وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك .

ولأن النبى ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك ، وإمكان تلافى العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك ؛ لما فيه من إيقاع العداوة بينهم ، ففى حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى ، وإن أجازها جازت فى قول الجمهور من العلماء . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة وإن أجازها سائر الورثة، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة ؛ أخذاً من ظاهر قول أحمد فى رواية حنبل : لا وصية لوارث ، وهذا قول المزنى وأهل الظاهر ، وهو قول للشافعى . واحتجوا بظاهر قول النبى ﷺ : « لا وصية لوارث » ، وظاهر مذهب أحمد والشافعى أن الوصية صحيحة فى نفسها ، وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر =

[الوصيةُ للْميِّت]

واختلفوا في الوصيةِ للميتِ : فقال قومٌ : تَبْطُلُ بموت الْمُوْصَى لَهُ ، وهم الجمهور . وقال قوم : لا تبطل .

[الوصية للقاتل خَطَأً ، وَعَمْداً]

وفي الوصية للقاتلِ خَطَأً ، وَعَمْداً : وفي هذا الباب فرعٌ مشهورٌ ، وهو [إذا] أذن الورثة للميتِ هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقيل : لهم ،، وقيل : ليس لهم ،، وقيل : بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أو لا يكونوا ، أعني : أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ،، والأقوالُ الثلاثةُ في المذهب .

* * *

الْقَوْلُ في الْمُوْصَى به ، وَالنَّظَرُ فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ

[الوصية في الرِّقَاب ، وَالْمَنَافِعِ]

أما جِنْسُهُ : فإنهم اتفقوا على جوازِ الوصيةِ في الرقابِ ، واختلفوا في المنافع .

[مَنْ أَجَازَ الوصيةَ فِي المنافعِ ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْ ، وَدَلِيل كُلٍّ]

فقال جمهورُ فقهاءِ الأمصارِ : ذلك جائز ،، وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة ،، وعمدة الجمهور : أن المنافع في معنى الأموال،، وعمدة الطائفة الثانية : أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ؛ لأن الميت لا ملك له ، فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ؛ وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر .

= من أهله فى محله ، فصح ، كما لو وصى لأجنبى ، والخبر قد روى فيه « إلا أن يجيز الورثة » ، والاستثناء من النفى إثبات ، فيكون ذلك دليلا من صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا ، أو يقدر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة. وفائدة الخلاف : أن الوصية إذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة يكفى فيها قول الوارث : أجزت ، أو أمضيت ، أو نفذت ، فإذا قال ذلك لزمت الوصية ، وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول كالهبة المبتدأة .

ينظر : المغنى : ٦/٦ .

[قَدْرُ المُوْصَى به]

وأمَّا القَدْرُ : فإنَّ العلماءَ اتفقوا على أنه لا تجوزُ الوصيةُ في أكْثَرَ مِنَ الثُلُث لِمَن تَرَكَ وَرَثَةً ، ، واختلفوا فيمن لم يتركْ ورثةً ، وفي القَدْرِ المُسْتَحَبِّ منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟

[لا وصيةَ بأكثرَ من الثُلُث لمن ترك ورثة]

وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثرَ من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه ﷺ : « **أَنَّهُ عَادَ سَعْدَ بْنَ أَبي وَقَّاص ، فَقَالَ لَهُ : يَا رَسُولَ الله ، قَدْ بَلَغَ مِنِّي الوَجَعُ مَا تَرَى ، وأَنَا ذُو مَال ، وَلا يَرِثُني إلا ابْنَةٌ لي ؟ أَفَأَتَصدَّقُ بِثُلُثَي مَالي ؟ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ الله ﷺ : لا ،، فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ : فَالشَّطْر ؟ قَالَ : لا ، قَالَ : فَالثُّلُث ؟ ،، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ الله ﷺ : الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثيرٌ ، إنَّكَ إِنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنياءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ** » (١١٠٣) ،

(١١٠٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٦٣) كتاب الوصية : باب الوصية فى الثلث ، حديث (٤) ، والبخارى (٣/ ١٦٤) كتاب الجنائز : باب رثاء النبى ﷺ سعداً ، حديث (١٢٩٥) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٥/ ١٦٢٨) ، وأبو داود (٣/ ٢٤٨) كتاب الوصايا : باب ما لا يجوز للموصى فى ماله ، حديث (٢٨٦٤) ، والترمذى (٤/ ٤٣٠) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث ، حديث (٢١١٦) ، والنسائى (٦/ ٢٤١ - ٢٤٢) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٣) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٠٨) ، وأحمد (١/ ١٧٩) ، والدارمى (٢/ ٤٠٧) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وأبو داود الطيالسى (١/ ٢٨٢) - منحة) رقم (١٤٣٣) ، وعبد الرزاق (٩/ ٦٤) رقم (١٦٣٥٧) ، والحميدى (١/ ٣٦) رقم (٦٦) ، وابن الجارود (٩٤٧) ، ومحمد بن نصر المروزى فى « السنة » (ص - ٧٢) رقم (٢٤٨) ، وأبو يعلى (٢/ ٩٢) رقم (٤٧) ، وابن حبان (٤٢٣٥ ، ٥٩٩٤ ، ٧٢١٧ - الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٧٩) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٨) والفسوى فى « المعرفة والتاريخ » (١/ ٣٦٨ - ٣٦٩) كلهم من طريق الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت بمكة مرضاً أشفيت منه على الموت، فجاء رسول الله ﷺ يعودنى ، فقلت : يا رسول الله إن لى مالاً كثيراً وليس يرثنى إلا ابنتى، أفأوصى بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت : فالشطر ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : «الثلث والثلث كثير ، أو كبير ، إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأخرجه البخارى (٥/ ٤٢٧ - ٤٢٨) كتاب الوصايا : باب إن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ، حديث (٢٧٤٢) ، ومسلم (٣/ ١٢٥٠) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٥/ ١٦٢٨) ، والنسائى (٦/ ٢٤٢) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، وأحمد (١/ ١٧٢) من طريق سعد بن إبراهيم عن عامر بن سعد عن أبيه به .

وأخرجه البخارى (٥/ ٤٣٤ - ٤٣٥) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٤٤) من طريق هاشم بن هاشم عن عامر بن سعد عن أبيه به . =

فصار الناسُ - لمكانِ هذا الحديث - إلى أن الوصيةَ لا تجوزُ بأكثرَ من الثلثِ .

[المُسْتَحَبُّ فِي مِقْدَارِ الوَصِيَّةِ]

واختلفوا في المستحب من ذلك : فذهب قوم إلى أنه ما دُونَ الثُّلُثِ ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - في الحديث : « **والثُّلُثُ كثيرٌ** » وقال بهذا كثيرٌ من السلف ،، قال قتادة: أوصى أبو بكر بالْخُمُس ، وأوصى عُمَرُ بالرُّبُع ، والخُمُسُ أحبُّ إليّ ،، وأَمّا مَنْ ذَهَبَ إلى أن المُسْتَحَبَّ هُوَ الثُّلُثُ : فَإِنَّهُم اعتمدوا على ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال : « **إِنَّ اللهَ عزَّ وجَلَّ قَدْ جَعَلَ لَكُمْ فِي الوَصِيَّةِ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ** » (١١٠٤) ،، وهذا

= وأخرجه النسائى (٦/ ٢٤٣) كتاب الوصايا : باب الوصية ، من طريق بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به .

وأخرجه أحمد (١/ ١٨٤) من طريق جرير بن حازم عن عمه جرير بن زيد عن عامر به .

وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٥١) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٨ ، ٩/ ١٦٢٨) ، وأحمد (١/ ٦٨) ، وأبو يعلى (٢/ ١١٦) رقم (٧٨١) من طريق عمرو بن سعيد عن حميد بن عبد الرحمن عن ثلاثة من ولد سعد به .

(١١٠٤) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٤) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٠٩) ، والبيهقى (٦/ ٢٦٩) كتاب الوصايا : باب الوصية بالثلث ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (١/ ٣٤٩) كلهم من طريق طلحة بن عمرو المكى عن عطاء بن أبى رباح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ: « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » .

والحديث ذكره الحافظ فى « التلخيص » (٣/ ٩١) وعزاه أيضاً للبزار .

وقال البزار : لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو ، وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوى.

قال البوصيرى فى الزوائد (٢/ ٣٦٦) : هذا إسناد ضعيف ؛ طلحة بن عمرو الحضرمى المكى ، ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والبخارى وأبو داود والنسائى والبزار والعجلى والدارقطنى وأبو أحمد الحاكم وغيرهم . أ.هـ .

وفى الباب عن أبى الدرداء ، ومعاذ بن جبل ، وأبى بكر الصديق ، وخالد بن عبيد .

حديث أبى الدرداء :

أخرجه أحمد (٦/ ٤٤١) ، والبزار (٢/ ١٣٩ - كشف) رقم (١٣٨٢) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ١٠٤) كلهم من طريق أبى بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم » .

قال البزار : وقد روى هذا الحديث من غير وجه ، وأعلى من رواه أبو الدرداء ، ولا نعلم له عنه طريقاً غير هذه الطريق ، وأبو بكر بن أبى مريم وضمرة معروفان ، وقد احتمل حديثهما .

وذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٢١٥) وقال : رواه أحمد والبزار والطبرانى ، وفيه أبو بكر ابن أبى مريم وقد اختلط .

حديث معاذ :

أخرجه الطبرانى فى « الكبير » كما فى « مجمع الزوائد » (٤/ ٢١٥) ، والدارقطنى (٤/ ١٥٠) =

... ...

= كتاب الوصايا ، حديث (٣) كلاهما من طريق إسماعيل بن عياش : ثنا عتبة بن حميد الضبى عن القاسم أبى عبد الرحمن عن أبى أمامة عن معاذ بن جبل ؛ أن النبى ﷺ قال : « إن الله عز وجل تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ؛ ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم » .

والحديث ضعفه الحافظ ابن حجر فى « التلخيص » (٣/ ٩١) فقال : وفيه إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد ، وهما ضعيفان . أ.هـ .

أما عتبة بن حميد فمختلف فيه ،فقد وثقه ابن حبان ، وقال أبو حاتم : صالح الحديث .

وقال الهيثمى فى « المجمع » (٤/ ٢١٥) : رواه الطبرانى وفيه عقبة بن حميد الضبى - كذا فى المجمع والصواب عتبة - وثقه ابن حبان وغيره ، وضعفه أحمد . أ.هـ .

أما إسماعيل بن عياش فهو ليس بضعيف مطلقا بل فى روايته عن غير أهل بلده ، وشيخه فى هذا الحديث ليس من أهل بلده .

وهذا الحديث قد رواه ابن أبى شيبة فى المصنف (١١/ ٢٠٠) رقم (١٠٩٦٤) ثنا عبد الأعلى عن برد عن مكحول عن معاذ بن جبل موقوفاً عليه .

حديث أبى بكر الصديق :

أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٢/ ٣٨٦) ، والعقيلى فى « الضعفاء » (١/ ٢٧٥) من طريق حفص ابن عمر بن ميمون الأيلى قال : حدثنا ثور عن مكحول عن الصنابحى ؛ أنه سمع أبا بكر الصديق يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم ؛ رحمة لكم وزيادة فى أعمالكم وحسناتكم » .

وأسند ابن عدى عن النسائى قوله : ليس بثقة .

وقال ابن عدى : عامة أحاديثه غير محفوظة ، وأخاف أن يكون ضعيفاً كما ذكره النسائى .

وفى « نصب الراية » (٤/ ٤٠٠) وقال العقيلى : يحدث بالأباطيل . أ.هـ .

وقد أورد له العقيلى أحاديث ثم قال عقبها : هذه كلها بواطيل لا يتابع عليها ، وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ومالك بن مغول والأئمة بالبواطيل .

حديث خالد بن عبيد :

أخرجه الطبرانى فى « الكبير » كما فى « نصب الراية » (٤/ ٤٠٠) قال : حدثنا أحمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطى : ثنا أبى ، ثنا إسماعيل بن عياش عن عقيل بن مدرك عن الحارث بن خالد عن عبيد السلمى عن أبيه خالد بن عبيد السلمى ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة فى أعمالكم » .

والحارث بن خالد بن عبيد مجهول .

وفيه رد على الحافظ الهيثمى إذ قال فى « المجمع » (٤/ ٢١٥) : رواه الطبرانى ، وإسناده حسن . أ.هـ.

والحديث ذكره ابن الملقن فى « خلاصة البدر المنير » (٢/ ١٤٠) وقال : رواه ابن ماجه والبيهقى من رواية أبى هريرة ، والدارقطنى من رواية معاذ بن جبل ، وأحمد من رواية أبى الدرداء ، وابن قانع من رواية خالد بن عبد الله السلمى ، والعقيلى من رواية أبى بكر ، وأسانيده كلها ضعيفة .

الحديثُ ضعيفٌ عِنْدَ أَهْلِ الحديثِ ،، وثبت عن ابنِ عباسٍ أنه قال : لو غض الناسُ في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحبَّ إليَّ ؛ لأن رسول الله ﷺ قال : « **الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كثيرٌ** » (١١٠٥) .

[الْقَوْلُ في الوصيةِ بأكثرَ منَ الثُّلُث لمَنْ لا وَارثَ لَهُ]

وأما اختلافُهُم في جوازِ الوصيةِ بأكثرَ منَ الثلث لِمَنْ لا وَارثَ لَهُ : فإن مالكاً لا يجيز ذلك ، والأوزاعي ،، واختلفَ فيه قولُ أحمدَ ،، وأجاز ذلكَ أبو حنيفة ، وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود ،، وَسَبَبُ الخلاف : هل هذا الحكم خاصٌّ بالعلةِ التي علَّلَهُ بها الشَّارِعُ ، أم ليس بخاص ؟ وهو ألا يتركَ ورثته عالةً يتكففون الناسَ كما قال - عليه الصلاة والسلام -: « **إِنَّكَ إن تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنياءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ** »[(١)] ،، فمن جعل هذا السببَ ، خاصاً وَجَبَ أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ،، ومن جعل الحكم عبادةً - وإن كان قد علل بعلة - أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

* * *

الْقَوْلُ فِي الْمَعْنَى الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْه لَفْظُ الوَصِيَّة

[الوَصيَّةُ عَقْدٌ جَائزٌ للمُوصي أنَ يَرْجعَ فيه]

والوصيةُ بالجملة هي : هِبَةُ الرجلِ مَالَهُ لرجلٍ[(٢)] آخرَ ، أو لأشخاصٍ بَعْدَ موتِهِ ، أو عِتقِ غُلامِه ، سَوَاءً صرَّحَ بلفظِ الوصية ، أو لم يصرح به ،، وهذا العقدُ عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني : أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فإنهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في « كتاب التدبير » .

[متى تجب الوصية للمُوْصَى له ؟]

وأجمعوا على أنه لا يَجِبُ للمُوْصَى له إلا بعد موتِ المُوصِي .

(١١٠٥) أخرجه البخارى (٥/٣٦٩) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (٢٧٤٣) ، ومسلم (٣/١٢٥٣) كتاب الوصية : باب الوصية بالثلث ، حديث (١٠/١٦٢٩) من حديث ابن عباس.

(١) تقدم .

(٢) فى ط : لشخص .

[هَلْ قَبُولُ الْمُوْصَى لَهُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الوَصِيَّةِ ؟]

واختلفوا في قبولِ المُوْصَى لَهُ هل هو شرطٌ في صحتها ، أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية ،، وروي عن الشافعي : أنه ليس القبولُ شرطاً في صحتها ،، ومالك شبهها بالهبة .

* * *

الْقَوْلُ فِي الأَحْكَام

[حُكْمُ مَنْ أَوْصَي لِرَجُلَ بِالثُّلُث ، وَعَيَّنَ مَا هُوَ الثُّلُثُ فَقَالَ الورثَةُ : هُوَ أكثرُ منَ الثُّلُث]

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل ، وَعَيَّنَ ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ؛ فقال مالك : الورثة مُخَيَّرُونَ بين أن يعطوه ذلك الذي عَيَّنَ الْمُوصِي ، أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت،، وخالفه في ذلك أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور، وأحمدُ ، وداود ،، وعمدتهم : أن الوصية قد وجبت للمُوْصَى] لَهُ بموتِ المُوْصِي وَقَبُولُهُ إِيَّاها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه ، وتغير الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبو عُمَرَ بنِ عبدِ البَرِّ في هذه المسألة؛ وذلك أنه قال : إذا ادَّعَى الورثةُ ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قَدْرَ الثلثِ من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكاً للورثة ، وإن كان الثلثَ فأقلَّ جُبِرُوا على إخراجه .

[إِذَا لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ فَوْقَ الثُّلُث ، وَلَمْ يُرِيدُوا إِعْطَاءَهُ بِعَيْنِه]

وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيءَ الموصى به هو فوقَ الثلث : فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ،، وقال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ : له ثُلُثُ تلك العيْنِ ، ويكونُ بباقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمامَ الثلث .

وسببُ الخلاف : أن الميتَ لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل الأَعْدَلُ في حق الورثة أنَ يخيروا بين إمضاء الوصية ، أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله ، أو يبطل التعدي ، ويعود ذلك الحق مشتركاً ؟ وهذا هو الأَوْلَى إذا قلنا : إن التعدي هو في التعيين لكونه أَكْثَرَ من الثلث ، أعني : أن الواجب أن

يسقط التعيين . وإما أن يُكَلَّفَ الورثةُ أن يُمْضُوا التعيينَ ، أو يَتَخَلَوا عن جميع الثلث ، فهو حمل عليهم .

[مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ زَكَاةٌ وَلَمْ يُوصِ بهَا ، أَوْ أَوْصَى ، وكذلك الكفاراتُ الواجبةُ ، والَحج الواجب]

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاةٌ ، فمات ولم يُوْصِ بها ، وإذا وَصَّى بها فهلْ هي من الثلث أو من رأس المال ؟ فقال مالكٌ : إذا لم يوصِ بها لم يلزم الورثةَ إخراجُهَا ،، وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ،، وإذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثةَ إخراجُها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال ، شبهها بالدَّين ؛ لقول رسول الله ﷺ : « **فَدَيْنُ الله أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى** »(١١٠٦) ، وكذلك الكفاراتُ الواجبةُ ، والحجُّ الواجبُ عنده ،، ومالكٌ يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ،، ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال، ولو كان في السياق ، وكأن مالكاً اتهمه هنا على الورثة ، أعني : في توصيته بإخراجها ،، قال: ولو أُجيزَ هذا لجاز للإنسان أن يُؤَخِّرَ جميع زكاته طول عمره حتى إذا دنا من الموت وصى بها .

[إذا زاحمت الوصايا الزكاةَ]

فإذا زاحمت الوصايا الزكاة : قَدِّمَتْ عند مالك على ما هو أضعف منها ،، وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواءٌ ، يريد : في المحاصة .

[الوصايا التي يَضِيقُ عنها الثُّلُثُ]

واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت

(١١٠٦) أخرجه البخاري (٤/ ١٩٢) كتاب الصوم : باب من مات وعليه صوم ، حديث (١٩٥٣)، ومسلم (٢/ ٨٠٤) كتاب الصيام : باب قضاء الصيام عن الميت ، حديث (١٥٥/ ١١٤٨) ، وأبو داود (٢/ ٢٥٦) كتاب الأيمان والنذور : باب فى قضاء النذر عن الميت ، حديث (٣٣١٠) ، والترمذى (٣/ ٩٥ - ٩٦) كتاب الصوم : باب ما جاء فى الصوم عن الميت ، حديث (٧١٦ - ٧١٧) ، وابن ماجه (١/ ٥٥٩) كتاب الصيام : باب من مات وعليه صيام من نذر ، حديث (١٧٥٨) ، وابن الجارود (٩٤٢) ، وابن حبان (٣٥١٩ ، ٣٥٢٢ ، ٣٥٦٢ - الإحسان) ، والطحاوى فى « مشكل الآثار » (٣/ ٢٢١) ، والبيهقى (٤/ ٢٥٥) ، عن ابن عباس قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله ، إن أمى ماتت وعليه صوم شهر ، أفأقضيه عنها ؟ فقال : « لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها ؟ » ، قال : نعم قال : « فدين الله أحق أن يقضى » .

مستويةً أنها تتحاص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهمَّ من بعضٍ قُدِّمَ الأَهَمُّ .

[اخْتلافُ الفقهاء في تَرْتِيب الوَصَايَا]

واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطورٌ في كتبهم ،، ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب : إذا أوصى لرجلٍ بنصف ماله ولآخَرَ بثلثه ، وَرَدَّ الورثةُ الزَّائدَ ، فعند مالكٍ ، والشافعيِّ أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً ،، وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية ،، وسبب الخلاف : هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة ؛ كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال : يبطل في نفسه، ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذا كان مشاعاً ، قال : يقتسمون المال أخماساً ،، ومن قال : يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً ، قال : يقتسمون الباقي على السواء .

[إِذَا أوصى وله مال يَعْلَمُ بِهِ ، وَمَالٌ لا يَعْلَمُ]

ومن مسائلهم اللفظية المشهورة في هذا الباب : إذا أوصى بجزءٍ من مالِه وله مالٌ يعلم به ، ومال لا يعلم به : فعند مالكٍ أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ،، وعند الشافعي تكون في المالين ،، وسبب الخلاف : هل اسمُ المالِ الذي نطق به يتضمن ما عَلِمَ وما لم يَعْلَمْ ، أو ما عَلِمَ فقط ؟ والمشهور عند مالكٍ أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم ،، وفي هذا الباب فروع كثيرة ، وكلها راجعةٌ إلى هذه الأجناس الثلاثة.

[الوصية بالأولاد]

ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده ، وأن هذه خلافة جزئيةٌ كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصي بها .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله وصحبه ، وسلم تسليمًا

كتاب الفرائض (١)

(١) الفرائض : جمع فريضة ، وهى فى الأصل : اسم مصدر من فرض ، وافترض ، ويسمى البعير المأخوذ من الزكاة وفى الدية : فريضة : فعيلة بمعنى مفعولة .

قال الجوهرى : الفرض : ما أوجبه الله تعالى ، سمى بذلك ؛ لأن له معالم وحدودا .

والفرض : العطية الموسومة ، وفرضت الرجل ، وأفرضته : إذا أعطيته ، والفارض ، والفرضى : الذى يعرف الفرائض ، وفرض الله - تعالى - كذا وافترضه ، والاسم : الفريضة ، وتسمى قسمة المواريث : فرائض .

واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : الأنصباء المقدرة المسماة لأصحابها .

وعرفه الشافعية بأنه : نصيب مقدر شرعا للوارث .

وعرفه المالكية بأنه : علم يعرف به من يرث ، ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث .

وعرفه الحنابلة بأنه : علم قسمة المواريث ، وهى جمع ميراث ، وهو المال المخلف عن الميت .

ينظر : المعجم الوسيط ٢/٧٠٨ ، لسان العرب ٥/٣٣٨٧ ، مغنى المحتاج ٣/٢ ، فتح الوهاب ٢/٢ ، حاشية الدسوقى ٤/٤٥٦ ، أنيس الفقهاء ص ٣٠٠ - ٣٠١ ، المبدع ١/١١٣ .

ولأهمية الفرائض بينها الله فى كتابه العزيز مخصصة بحكمته على حسب ما علمه من المصالح لعباده، لا على حسب رغباتهم السيئة وميولهم السيئة وميولهم الخبيثة ، بل محا بحكم ما كانوا عليه من عمى فى جاهليتهم ، وأدحض ما ساروا عليه من ضلالاتهم .

وذلك أن الناس قبل الإسلام عربهم وعجمهم ، يرون جميعاً أن أحق الناس بمال الميت أقاربه وأرحامه ، وكان لهم فى ذلك اختلاف كثير .

وكان أهل الجاهلية يورثون الرجال دون النساء ، والكبار دون الصغار ، ويقولون : لا يأخذ أموالنا من لا يركب الفرس ، ولا يضرب بالسيف .

وأما الرجال فيرون أنهم القائمون بالبيضة ، وهم الذابون عن الذمار ، فهم أحق بتركة الميت من بعده ، فلو تركهم الله وشأنهم لمالوا مع من شاءوا ، فاقتضت حكمته أن يمحو تلك الضلالات تدريجياً حتى لا تتعاصى نفوسهم عن الانقياد .

فإن نزع العادة على النفس دفعة واحدة أشق ، فأوجب عليهم أولاً الوصية للأقربين ، قال تعالى : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين . . . الآية ﴾ من غير تعيين ، ولا توقيت ، بل فوض الأمر إليهم فى التخصيص ؛ لتطمئن نفوسهم ، وتنكسر سورة غضبهم، فيخصص كل منهم حسبما يرى من المصلحة . . .

فمنهم من ينصره أحد أخويه ، دون الآخر .

=

... ...

ومنهم من ينصره والده دون ولده ، وعلى هذا القياس .

وكان إذا ظهر من مُوصٍ جور فى التخصيص جاز للقضاة أن يصلحوا وصيته ، ويغيروا فيها ، واستمر الحكم على ذلك مدة .

ولما ظهرت أنوار الإسلام ، وانبعثت فى الآفاق ، ورسخ فى قلوبهم ، انتقل سبحانه وتعالى بهم إلى ما هو أضمن لمصالحهم ، وأحفظ لمودتهم ، فلم يجعل الخيرة لهم ، ولا إلى القضاء من بعدهم، بل جعله على المظان الغالبية فى علمه من عادات العرب والعجم وغيرهم مما هو كالأمر الجبلى ، ومخالفه كالشاذ النادر ، فقال تعالى : ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . . . . الآيات ﴾ .

وقال تعالى : ﴿ لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً ﴾ .

فنبه - سبحانه - بافتتاحه الآيات بلفظ الوصية على وجوب استئصال ما كانوا عليه ، واجتثاث بذوره من أصله .

وجعل للصغار مع الكبار نصيباً ، وكذا للإناث مع الذكور . ولا غرو أن كان هذا الحكم مما تحار العقول فى حسن ما انطوى عليه من الحكم البالغة ، فسوى بين الصغير والكبير ؛ لأن الصغير إلى المال والإعانة أحوج ، ونظر إلى الإناث لضعفهن ، وترغيباً فى نكاحهن ، غير أن حكمته اقتضت امتياز الذكر على الأنثى بجعل نصيبه ضعف نصيبها ؛ لأن الذكر ذو حاجتين : حاجة لنفسه ، وحاجة لعياله ، والأنثى ذات حاجة واحدة .

وأيضاً فإن الرجل أكمل حالاً من المرأة فى الخلقة ، وفى المناصب الدينية مثل : صلاحيته للقضاء دونها والإمامة ، وشهادتها فيما تقبل فيه على النصف من شهادة الرجل ، فلذلك استحق أن يكون نصيبه فى الميراث أكثر .

أضف إلى ذلك قلة عقلها ، وكثرة شهوتها مما إذا انضم إليه المال الكثير عظم الفساد .

قال تعالى : ﴿ إن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى ﴾ .

وقال الشاعر : [الرجز]

« إن الشباب والفراغ والجدة مفسدة للمرء أى مفسدة »

أما الرجل فلكمال عقله يصرف المال فيما يفيده المدح الجميل فى الدنيا ، والثواب الجزيل فى الآخرة، كبناء الرباطات ، وإغاثة الملهوفين ، والنفقة على الأرامل والأيتام ، وذلك لأنه يخالط الناس كثيراً ، أما المرأة فلقلة اختلاطها لا تقدر على ذلك غالباً .

وعلى الجملة فالتوارث يدور على معانٍ ثلاثة :

« أولها » : القيام مقام الميت فى شرفه ومنصبه ، وما هو من هذا الباب .

« ثانيها » : الرفق والحدب عليه ، والخدمة والمواساة .

« ثالثها » : القرابة المتضمنة هذين المعنيين معاً .

أما المعنى الأول : فمظنة من يدخل فى عمود النسب ، كالأب والجد ، والابن ، وابن الابن ، والإخوة ، ومن فى معناهم ممن هم كالعضد ، ومن قوم المرء وأهل نسبه وشرفه .

وأما المعنى الثانى : فمظنته ذات القرابة القريبة ، والأحق به الأم والبنت ، ومن فى معناهما ممن يدخل فى عمود النسب ، وكذلك الأخت ، ويوجد معنى الرفق والحدب فى النساء كاملاً . =

... ...

= وأما الثالث : فمظنته على وجه الكمال من يدخل فى عمود النسب ، كالأب ، والجد ، والابن ، وابن الابن ، فهؤلاء أحق الورثة بالميراث ، فلذلك يفضل هذا النوع على الأولين قبله ؛ لأن الناس جميعاً عربهم وعجمهم يرون إخراج منصب الرجل ، وثروته من قوم إلى قوم آخر جوراً وظلماً .

هذا ولا يضر تحقيق معنيين من المعانى الثلاثة السابقة فى شخص واحد أو تحقيقها كلها فيه ، فإن ترتيبها على هذا الوجه لبيان من توفر فيه المعنى بوجه الكمال ، وكما أن الأب يقوم مقام الابن فى الشرف وغيره ، كذلك الابن يقوم مقام أبيه ، إلا أن قيام الابن مقام أبيه هو الوضع الطبعى عليه بناء العالم من انقراض قرن ، وقيام القرن الثانى مقامه .

فهو الذى يرجونه ويتوقعون ، ولو أن الرجل خير فى ماله لكانت مواساة ولده أملك لقلبه من مواساة والده ، فلذلك جاءت الشريعة الغراء بتفضيل الأبناء على الآباء .

وأيضاً : فإن الوالدين ما بقى من عمرهما إلا القليل غالباً ، فكان احتياجهما إلى المال قليلاً ، أما الأولاد فهم فى زمن الصبا ، فكان احتياجهم إلى المال كثيراً . . .

هذا وليس تفضيل الذكور على الإناث للمعنى السابق مطرداً ، بل يستثنى الإخوة لأم ؛ فإن نصيبى الذكر والأنثى منهم متساويان ، كما أنه لا يزاد نصيبهم وإن كثروا على الثلث عند التعدد ؛ لأن الرجال منهم قل أن يقوموا بحماية البيضة والذَّبٍّ عن الذمار ، ولا يتحقق فيهم معنى القيام مقام أخيهم من أمهم فى المنصب والشرف كاملاً ، فقد يكون الرجل من عائلة وأخوه لأمه من عائلة أخرى، وقد تقوم خصومة بين العائلتين ، فينصر كلا الأخوين عائلته على الأخرى ، ولا يرى الناس قيامه مقام أخيه عدلاً ، ولا ثقاً ؛ لأنه من قوم آخرين .

وأيضاً : فإن قرابتهم متشعبة من الأم ، فكأنهم جميعاً إناث .

هذا وإذا احتج جماعة من الورثة ، فإما أن يكونوا فى مرتبة واحدة ، وإما أن يكونوا فى منازل شتى.

والثانى : إما أن يعمهم اسم واحد وجهة واحدة ، أو تكون أسماؤهم وجهاتهم مختلفة .

فالقسم الأول : يجب أن يوزع عليهم لمساواتهم فى المرتبة والدرجة ، فلا سبيل لتمييز واحد عن صحابه ، ولا لاختصاص واحد دون الآخر ، بل هم فى المعنى سواء .

وأما القسم الثانى - وهو ما إذا كانوا فى منازل شتى ، وعمهم اسم واحد ، وجهة واحدة ، فالأقرب منهم يحجب الأبعد حرماناً .

وذلك أن التوارث إنما شرع حثاً على التعاون ، وشدا لعرى المناصرة والمؤازرة ، ولكل قرابة وتعاون كالرفق فيمن يعمهم اسم الأم ، والقيام مقام الأب فيمن يعمهم اسم الابن ، والذب عنه فيمن يعمهم اسم العصوبة ، ولا شك أنها فى الأقرب أقوى ، فلذلك هو الذى يلام على تركه المؤازرة أشد اللوم ، ولذا كان هو بالميراث أحق .

وأما القسم الثالث : فالأقرب والأنفع فيما علمه الله يحجب الأبعد نقصاناً ، وإنما ورث الزوج زوجته ، وورثته هى أيضاً مع أنه لا يتحقق فيهما واحد من المعانى السابقة كاملاً ، كما لم تشملهما آية ﴿ أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ﴾ لطريق إلحاقهما بذوى الأرحام الذين تحقق فيهم أحد تلك المعانى - لوجوه :

منها : أن الزوجة ربما تلد من زوجها أولاداً هم من قوم الرجل لا محالة ، ومحل نسبه ومنصبه =

[النظر في هذا الكتاب]

والنظرُ في هذا الكتابِ : فِيمَنْ يَرِثُ ، وفيمن لا يَرِثُ ، وَمَنْ يرثُ هلْ يرثُ دائماً ، أو مع وارث دُونَ وَارِث ؟ وإذا ورث مع غيره فَكَمْ يرث ؟ وكذلك إذا ورث وَحْدَهُ كم يرثُ ؟ وإذا وَرِثَ مع وارث ، فهل يختلفُ ذلك بحسب [١] وارث وارث ، أو لا يختلف؟ والتعليم في هذا يمكن على وُجُوهٍ كثيرة قد سَلَكَ أكثرَها أهلُ الفرائض ، والسبيل الحاصرة في ذلك بأن يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد حكم ذلك الجنس ، وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك : أن ينظر إلى الولد إذا انفرد، كم ميراثه ؟ ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين .

[الأجناس الوارثة]

فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذَوُو نَسَبٍ ، وأَصْهَارٌ ، وَمَوَالِي ،، فأما ذوو النسب، فمنها : مُتَّفَقٌ عليها ، ومنها : مُخْتَلَفٌ فيها .

[المتفقُ عليه فيمن يورث من ذَوِي النَّسَبِ]

فأما المتفق عليها فهي : الفُرُوعُ ، أعني : الأولادَ ،، والأصول ، أعني: الآباءَ والأجداد ذكوراً كانوا أو إنَاثاً ، وكذلك الفروعُ المشارِكَةُ للميت في الأصل الأدنى ، أعنيَ: الإِخْوَةَ ذكوراً أو إناثاً ، أو المشاركة للأب الأدنى ، أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام ، وبنو الأعمام ، وكذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ، ومن النساء سبعة .

[من يرث من الرجال ؟]

أما الرِّجَالُ : فالابنُ ، وابنُ الابنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَالأبُ والجدُّ أبو الأبِ وإن عَلا ، والأخُ مِنْ أيِّ جِهَةٍ كان ، أعني : للأمِّ والأبِ ، أو لأحدهما ، وابنُ الأخِ وإن سَفَلَ ،

= ومعلوم أن اتصال الولد بأمه لا ينقطع أبدا ، فمن هذه الوجهة تصير الزوجة بمنزلة ذوى الأرحام ، فتستحق فى الميراث الربع أو الثمن ، وأما الزوج فله ضعف نصيبها جرياً على القاعدة المتقدمة .

وكما أن الزوج له رابطة خاصة بالإنفاق عليها ، واستيداعه ماله عندها ؛ ولأنه يأمنها على ما يملك حتى يخيل من شدة العلاقة أن جميع ما تركته ، أو بعضه هو حقه فى الواقع ، فكان إخراج المال من يده شاقًا على نفسه ، فعالج الشرع هذا الداء ، بأن فرض له الربع أو النصف ؛ ليكون جابراً لقلبه كاسراً لسورة غضبه .

وأيضاً فإن إلحاقهما بمن تقدم كان رأفة من الله ، ورحمة بعباده - سبحانه - هو الرءوف الرحيم .

(١) فى الأصل : مع .

والعم وابن العم وإن سَفَلَ ، والزوجُ ومولى النِّعْمَة .

[مَنْ يَرِثُ مِنَ النِّسَاء ؟]

وأما السبع من النساءُ : فالابنةُ ، وابنةُ الابنِ ، وإنَ سَفَلَتْ ، والأمُّ والجدَّةُ وإن عَلَتْ ، والأختُ ، والزوجةُ ، والمولاةُ .

[اختلاف الفقهاء في توريث ذوي الأرحام]

وأما المُخْتَلَفُ فيهم : فهم ذوو الأرحام [1] ؛ وهم من لا فرضَ لهم في كتاب الله ،

---

(١) الرحم فى الأصل منبت الولد ووعاؤه ، ثم سميت القرابة الواصلة من جهة الولاد رحما ؛ لأنها مسببة عنه .

وشرعا : كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة .

واعترض بالمحجوب بالوصف الذى ليس من ذوى الأرحام ؛ فإنه يصدق عليه أنه قريب ليس بذى سهم ولا عصبة .

وأجيب بأنه فى الحقيقة ذو سهم أو عصبة فى نفسه ، وإن كان عدم استحقاقه المال فرضاً وتعصيباً لمانع .

ومن السهل معرفة ذوى الأرحام بعد ما عرفت أصحاب الفروض والعصبات ، فكل من خرج عنهما ممن يستحق المال فهو من ذوى الأرحام .

وقد اختلف الصحابة والتابعون والفقهاء فى توريثهم إذا كان بيت المال موجوداً ومنتظماً :

فذهب الشافعى إلى أن لا ميراث لهم ، وقال : إن بيت المال أولى منهم ، وهو قول زيد بن ثابت وإحدى الروايتين عن عمر ، وعليه مالك وأكثر أهل المدينة ، والأوزاعى وأكثر أهل الشام .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : إن ذوى الأرحام أولى بالميراث من بيت المال ، وهو قول على بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود وإحدى الروايتين عن عمر ، ومن التابعين عمر بن العزيز والحسن البصرى وشريح والشعبى وطاوس ، ومن الفقهاء أهل العراق وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهوية .

واستدل الأولون بوجوه :

الأول – ما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث » فأشار ﷺ إلى ما فى القرآن من المواريث ، وليس فيه لذوى الأرحام شئ ، ولو كان لهم حق لبينه . وما كان ربك نسياً .

فمن جعل لهم حقا فقد زاد على النص ، والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد أو القياس .

الثانى – ما رواه عطاء بن يسار : « أتى رجل من أهل البادية ، فقال : يا رسول الله إن رجلا هلك وترك عمة وخالة . فقال : « اللهم رجل ترك عمة وخالة » – ثم سكت هنيهة – ثم قال : « لا أرى نزل على شئ ، لا شئ لهم » .

وروى زيد بن أسلم عن على ؛ أن النبى ﷺ ركب إلى « قباء » يستخير الله تعالى فى العمة والخالة، فنزل عليه أن لا ميراث لهما .

وأيضاً – روى عمران بن سليمان ؛ أن رجلا مات فأتت بنت أخته النبى ﷺ فى الميراث ، فقال : =

... ...

= « لا شئ لك - اللهم من منعت ممنوع ، اللهم من منعت ممنوع » .

الثالث - أن مشاركة الأنثى لأخيها أثبت فى الميراث من انفرادهما .

ألا ترى أن بنات الابن يسقطن مع البنتين ، وإن شاركهن ذكر ورثن وصرن له عصبة ، فلما كان بنات الإخوة والأعمام يسقطن مع أخواتهن ، كان أولى أن يسقطن بانفرادهن .

واستدل الآخرون على مذهبهم بما يأتى :

« أ » قوله تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ﴾ فلا يجوز منعهم من الميراث وقد جعلهم الله أولى به .

وأجيب عن هذا :

(١) أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة ، ولم يرد بها أعيان من تستحق الميراث .

(٢) أن قوله : « بعضهم أولى ببعض » دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى ؛ لأن التبعيض يمنع الاستيعاب .

(٣) أنه تعالى قال : ﴿ فى كتاب الله ﴾ وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر ، فدل على أن ليس لهم فى الميراث حق .

(٤) أن قوله تعالى : ﴿ أولوا ﴾ محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وما جرى مجراها ؛ إذ ليس فى الآية ذكر ما هم به أولى .

« ب » ما رواه طاوس عن عائشة ، ورواه غيره عن عمر رضى الله عنهم ، عن النبى ﷺ أنه قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » .

وما رواه المقداد بن معد يكرب عن النبى ﷺ أنه قال : « الخال وارث من لا وارث له » .

والجواب عنه :

(١) أن هذا الكلام موضوع فى لسان العرب للسلب والنفى لا للإثبات ، وتقديره : أن الخال ليس بوارث كما تقول العرب : الجوع طعام من لا طعام له ، والدنيا دار من لا دار له ، والصبر حيلة من لا حيلة له، يعنى أنه ليس طعام ، ولا دار ، ولا حيلة .

(٢) أنه جعل الميراث للخال الذى يعقل ، ولا يعقل إلا إذا كان عصبة ، ونحن نقول بإرث الخال إذا كان عصبة ، والنزاع فى خال ليس بعصبة .

« جـ » روى أنه توفى ثابت بن الدحداح ولم يدع وارثاً ، فرفع إلى النبى ﷺ ، فسأل عنه عاصم ابن عدى : « هل ترك من أحد ؟ » فقال : ما نعلم يا رسول الله ترك أحداً ، « فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته » .

وروى عن النبى ﷺ أنه قال : « العم والد إذا لم يكن دونه أب ، والخالة والدة إذا لم تكن دونها أم » .

ورد هذا :

بأن النبى ﷺ إنما أعطى ابن أخت أبى الدحداح لمصلحة رآها لا ميراثا ؛ لأنه لما قيل : لا وارث له ، دفعه إليه ... على أنه يجوز أن تكون قضية خاصة قد يخص سببها ، فلا يصح ادعاء العموم فيها.

ونظيره ما رواه عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس ؛ أن رجلات مات ولم يدع وارثاً إلا غلاما له كان أعتقه ، فقال رسول الله ﷺ : « هل له أحد ؟ » قالوا : لا - إلا غلاما له كان أعتقه .=

... ...

= فقال الرسول ﷺ : « هل له أحد ؟ قالوا : لا إلا غلاما » فجعل ﷺ ميراثه له ، ومعلوم أنه لا يستحق ميراثا لكن فعل ذلك لمصلحة رآها .

ونظيره أيضا - ما رواه عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : مات رجل من خزاعة ، فأتى النبى ﷺ بميراثه ، فقال : « التمسوا له وارثا أو ذات رحم » فلم يجدوا له وارثا ولا ذات رحم ، فقال ﷺ : «أعطوه الكل من خزاعة » .

فميز ﷺ بين الوارث والرحم ؛ فدل على أنه غير وارث ، ثم أمر بدفع ميراثه إلى الكل من قومه ؛ لأنه رأى المصلحة فى إعطائهم .

أما الجواب عن حديث « العم والد .... إلخ » . فهو محمول على ما سوى الميراث من الحضانة، وإلا فليست الخالة كالأم عند عدمها فى الميراث ، إذا كان هناك وارث .

« د » ولأن كل من أدلى بوارث كان وارثاً كالعصبات .

وأجيب عنه :

بالنقض : بنت المولى فى الولاء ؛ فإنها لا ترث مع إدلائها بعاصب وارث .

« هـ » قالوا : ولأن ذوى الأرحام شاركوا المسلمين فى الإسلام وفضلوهم بالرحم ، فوجب أن يكونوا أولى منهم بالميراث كالمعتق لما شارك المسلمين فى الإسلام ، وفضل عنهم بالعتق ، صار أولى منهم بالميراث ، وكالأخ الشقيق لما شارك الأخ للأب وفضله بالأم ، كان أولى بالأرث .

والجواب :

النقض بنت المولى ؛ لأنها قد فضلتهم بكونها بنت عاصب مع التساوى فى الإسلام ، ثم لا تقدم عليهم .

على أن المسلمين قد فضلوهم بالتعصيب لأنهم يعقلون ، فكانوا أولى بالميراث .

« و » قال تعالى : ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ... الآية ﴾ . فقالوا : إن العمات والخالات وأولاد البنات والأخوال من الأقربين ؛ فوجب دخولهم فيها .

غاية ما فى الباب أن قدر ذلك غير مذكور فى هذه الآية ، لكن نثبت استحقاقهم لأصل النصيب بها، وأما المقدار فمستفاد من سائر الدلائل .

وأجيب عن هذا بما يأتى :

(١) قال تعالى فى آخر الآية : ﴿ نصيبا مفروضاً ﴾ أى مقدارا . وبالإجماع ليس لذوى الأرحام نصيب مقدر ؛ فثبت أنهم غير داخلين فى هذه الآية .

(٢) أن هذه الآية خاصة بالأقربين ، فلمَ قلتم : إن ذوى الأرحام من الأقربين مع أنه لا يصح ذلك؟ لأنه أما أن يكون المراد من الأقربين مَن كان أقرب من شئ آخر ، أو من كان أقرب من جميع الأشياء .

والأول باطل ؛ لأنه يقتضى دخول أكثر الخلق فيه ، فإن كل إنسان له نسب مع غيره إما بوجه قريب أو بوجه بعيد ، وأقله الانتساب إلى آدم عليه السلام . ولا بد أن يكون هو أقرب إليه من ولده إليه ، فيلزم دخول كل الخلق فى هذا النص ، وهو باطل ، ولما بطل هذا الاحتمال وجب حمل النص على الاحتمال الثانى ، وما ذاك إلا الوالدان والأولاد . فثبت أن هذا النص لا يدخل فيه ذوو الأرحام، ولا يقال : لو حمل الأقربون على هذا المعنى فيعم الوالدين للزم التكرار ؛ لأنا نقول : الأقرب جنس يندرج تحته نوعان - الوالد والولد - فذكر سبحانه النوع ثم ذكر الجنس ، فلم يلزم التكرار . =

... ...

= (٣) أن أصل الفرض الحزُّ والقطع . ثم إن أصحاب أبى حنيفة خصصوا لفظ الفرض بما عرف وجوبه بدليل قاطع ، واسم الوجوب بما عرف وجوبه بدليل ظنى ، فقالوا : لأن الفرض عبارة عن الحز والقطع ، وأما الوجوب فهو عبارة عن السقوط ، يقال : وجبت الشمس : إذا سقطت .

ولا شك أن تأثير الحز والقطع أقوى وأكمل من تأثير السقوط ، فلهذا السبب خصَّ لفظ الفرض عندهم بما عرف وجوبه بدليل قاطع ، ولفظ الوجوب بما عرف وجوبه بدليل مظنون .

وهذا يقضى عليهم بأن الآية لم تتناول ذوى الأرحام ؛ لأن توريثهم ليس من باب ما عرف بدليل قاطع بالإجماع ، فلم يكن توريثهم فرضا ، والآية إنما تناولت التوريث المفروض ؛ فلزم القطع بأن الآية ما تناولت ذوى الأرحام .

هذا والحق أن الوجوب فى اللغة هو الثبوت ، وأما مصدر الواجب بمعنى الساقط والمضطرب إنما هو الوجبة والوجيب ، وإن كان استعمال الفرض فيما ثبت بقطعى ، والواجب فيما ثبت بظنى شائعًا مستفيضا كقولهم : الوتر فرض ، والصلاة واجبة .

ويجدر بنا قبل التكلم على كيفية توريث ذوى الأرحام أن نذكر أصنافهم وترتيبها فنقول :

إن ذوى الأرحام أصناف أربعة :

« أ » الصنف الأول : ينتمى إلى الميت ، وهم أولاد البنات وإن سفلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً .

« ب » الصنف الثانى : ينتمى إليه الميت ، وهم الأجداد الساقطون وإن علوا ، كأب أم الميت ، وأب أب أمه ، والجدات الساقطات وإن علون ، كأم أب أم الميت ، وأم أم أب أبيه .

« جـ » الصنف الثالث : ينتمى إلى أبوى الميت ، وهم بنات الإخوة وإن سفلن سواء أكانت الأخوة من الأبوين أم من أحدهما ، وكذا أولاد الأخوات وإن سفلوا ، سواء أكانوا ذكور أم إناثاً ، وسواء أكانت الأخوات لأبوين أم لأب أم لأم ، وكذا بنو الإخوة للأم وإن سفلوا .

« د » الصنف الرابع : من ينتمى إلى جدى الميت أو جدتيه . والمراد بجدى الميت أب الأب ، وأب الأم ، والمراد بجدتيه أم الأب وأم الأم . والذى ينتهى إلى جدى الميت وجدتيه : الأعمام لأم ، والعمات ، والأخوال ، والخالات ؛ لأن العمات أخوات أب الميت ، فإن كن أخواته لأبوين أو لأب فهى منتمية إلى جد الميت من قبل أبيه ، وإن كن أخواته لأم ، فهن منتميات إلى جدة الميت من قبل أبيه .

وأما الأعمام لأم ، فإنهم إخوة لأبيه من أمه ، فهم أيضاً منتمون إلى جدة الميت من قبل أبيه .

وأما الأخوال والخالات فإنهم إخوة أو أخوات لأم الميت ، فإن كانوا من أبيها وأمها أو من أبيها فقط ، فإنهم منتمون إلى جد الميت من قبل أمه ، وإن كانوا من أمها كانوا منتمين إلى جدته من قبل أمه .

وقد اختلف فى كيفية توريثهم على مذاهب :

الأول : مذهب أهل التنزيل ، وهو مذهب الحنابلة والأصح عند الشافعية : فينزل كل شخص منزلة من يدلى به ، ثم ينظر فى الأصول لو قدر اجتماعهم ، فإن كانوا يرثون ورث من يدلى بهم ، وإن حجب بعضهم بعضا جرى الحكم كذلك ، وبه قال الجمهور . قال فى « الروضة » : وهو الأصح والأقيس الجارى على القواعد .

وإذا كان الأخوال والخالات يدلون بالأم فينزلون منزلتها ، وكذلك الأعمام لأم والعمات مطلقاً ينزلون منزلة الأب ؛ لادلائهم به ، فنقسم عليهم نصيب الأب ، ونقدر أنه مات عنهم . =

... ...

= ونفسم أيضاً على الأخوال والخالات نصيب الأم بفرض أنها ماتت عنهم ، فلو مات عن عمة وخالة، فكأنه مات عن أب وأم ، فللأم الثلث يدفع للخالة ، وللأب الثلثان يدفع للعمة .

والدليل على هذا المذهب : أن الاستحقاق لا يمكن إثباته بالرأى ، ولا نص ههنا من الكتاب أو السنة كما أنه لا إجماع عليه ، فلا طريق سواء أقامه المدلى مقام المدلى به ؛ ليثبت له الاستحقاق الذى كان ثابتاً للمدلى به ، فينتقل نصيب كل أصل إلى فرعه .

يؤيده : أن من كان منهم ولد صاحب فرض أو عصبة كان أولى بمن ليس كذلك ، وما هذا إلا باعتبار المدلى به .

واعترض عليه بأنه يلزم منه أمر فاحش ، وهو حرمان الميراث بكون المدلى به رقيقا أو كافراً أو قاتلا، فيكون الشخص محروماً من الميراث لمعنى فى غيره ، فوجب أن يكون الاستحقاق لمعنى فيه ، وهو القرابة .

ولما كان فيه معنى العصوبة قدم الأقرب كما هو المذهب الثانى .

والجواب : أن الاستحقاق باعتبار وصف القرابة الخاصة فى المدلى به مع قطع النظر عن الوصف الموجب للحرمان ، فلا يلزم الأمر الفاحش حينئذ ، فالمعتبر هو وصف القرابة المحضة المجردة عن صفة الاستحقاق فى المدلى به .

الثانى : مذهب أهل القرابة ، فيقدمون الأقرب فالأقرب ولو أنثى ، فأولاهم بالميراث جزء الميت ، فإن فقد فأصله ، فإن فقد ففرع الإخوة والأخوات ، فإن فقد فالعمومة والخؤولة ثم أولادهم على حسب الترتيب السابق . وبه أخذ الحنفية وبعض أصحابنا الشافعية كترتيب العصبات ؛ إذ يقدم منهم الابن ثم الجد ثم الإخوة ثم الأعمام ، وهذا هو المأخوذ للفتوى عندهم .

ووجهه أن ذوى الأرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه ؛ إذ يقدم منهم الأقرب فالأقرب ؛ فوجب أن يعتبروا فى التوريث بالعصبات من كل وجه . وقد قدم فى العصبات من كل وجه بنو أبناء الميت على الجد أب الأب وسائر العصبات ، فكذا فى ذوى الأرحام يقدم أولاد البنت على الجد أب الأم، وهكذا الخ المراتب .

فمتى وجد أحد من صنف فلا شئ لمن بعده ، وهذا هو الراجح من مذهب الحنفية .

وعند أبى حنيفة رواية أخرى بتقديم الصنف الثانى على الأول ، وقدم أبو يوسف ومحمد الصنف الثانى على الثالث .

المذهب الثالث : مذهب أهل الرحم ، وهم يقسمون المال بين الموجودين من ذوى الأرحام القريب والبعيد ، والذكر والأنثى على السواء ، وهذا المذهب مهجور .

وقد اتفق أصحاب المذهب الأول على أن كل من سبق من ذوى الأرحام للوارث أخذ المال دون غيره، فإن استووا فى الدرجة فى الإدلاء إلى الوارث أو كانوا كلهم لا يدلون بوارث ، قدر كأن الميت خلف من يدلون به ، وقسم المال بينهم كأنهم موجودون ، فمن يحجب منهم لا شئ لمن يدلى به ، ومن يرث كان نصيبه لمن أدلى به .

ولمعرفة ما يعلم به السبق إلى الوارث من عدمه ينظر إلى أدنى فرع ذوى الأرحام ثم إلى أصولهم أصلاً بعد أصل من أدنى إلى أعلى إلى أن تتصل إلى أول وارث ممن يلى ذوى الأرحام ، فإن سبق أحد ذوى الأرحام لوارث قدم مطلقا ، سواء أكان أبعد درجة أم أقرب ، فإن استووا فى السبق ننظر ما بين الورثة الذين أدلى بهم ذوو الأرحام من الأحكام من حجب وغيره ، ويعطى الفرع حكم الأصل الذى أدلى به =

... ...

= مثال ذلك :

(بنت بنت ابن) ، (بنت ابن أخ ش) .

فتنزل بنت ابن الشقيق منزلة ابن الشقيق ، وبنت بنت الابن منزلة بنت الابن .

فكأنه مات عن بنت ابن وابن أخ شقيق ، فالمال بينهما أنصافا ، ولا ننظر إلى الأصل الأعلى ولا إلى أن الشقيق يحجب بالابن ؛ لأنا نعتبر أول أصل وارث ممن يلى ذوى الأرحام .

وأول أصل فى هذا المثال ، هو ابن الشقيق ، وبنت الابن ، وهكذا فى البقية ، إلا أولاد ولد الأم فإن المال يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية كآبائهم ، فإنهم يرثون بالسوية فيما إذا مات الميت عن أولاد أم ذكور وإناث ، ولا نظر إلى أن ولد الأم لو مات وخلف أولاداً ذكوراً وإناثاً يقسم ميراثه بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين .

وأما الخال والخالة للأم فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، مع أنه لو ماتت الأم وخلفتهم كانوا إخوتها لأمها ، فلا تفضيل بينهم .

وعند السادة الحنابلة - وهم من أصحاب المذهب الأول كما سبق - أنه إذا كان الذكر والأنثى من جهة واحدة وفى درجة واحدة ، فالقسمة بينهم بالسوية لا يفضل ذكر على أنثى .

ولما كان العمل جاريا الآن على مذهب الحنفية وتعطى منه جميع الفتاوى للطالبين فى المواريث ، رأيت إتماما للفائدة ، أن أذكر مذهبهم هنا بشئ من التفصيل فأقول :

يتلخص هذا المذهب فى أربعة مباحث :

الأول : فى الصنف الأول ، وهو جزء الميت ، أعنى : أولاد البنات وإن سفلوا ، ذكورا أو اناثاً ، وأولاد بنات الابن كذلك ، وأحوالهم هى الآتية :

الأولى : أن يتفاوتوا فى الدرجة ، فيقدم أقربهم ولو كان أنثى كبنت بنت مع ابن بنت بنت ، فتأخذ بنت البنت كل التركة لقربها ؛ لأنها تدلى بواسطة واحدة ب، خلاف الثانى فإنه يدلى بواسطتين .

الثانية : أن يتساووا فى الدرجة بأن يدلوا كلهم إلى الميت بدرجتين أو بثلاث درجات مثلا ، فيقدم حينئذ ولد الوارث على ولد ذوى الرحم :

كبنت بنت الابن ، بنت بنت بنت .

. فالمال للأولى وحدها ؛ لأنها تدلى بوارث هى بنت الابن ، وهى صاحبة فرض ، والثانية ولد بنت البنت ، وهى ذات رحم .

الثالثة : أن يتساووا فى الدرجة قربا ، سواء أكانوا كلهم ولد وارث أم ولد غير وارث . وفى هاتين الحالتين فصلوا بين ما إذا اتحدت صفة الأصول فى الذكورة والأنوثة ، وبين ما إذا اختلفت ، فإن اتحدت صفة الأصول فى الذكورة والأنوثة قسم المال على أبدان الفروع المتساوية الدرجات للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثال ذلك : بنت بنت ، ابن بنت أخرى .

فلبنت البنت الثلث ، ولابن البنت الثلثان (وهما ولد وارث) .

مثال آخر :

بنت ابن بنت ، ابن بنت بنت .

فالمال بينهما أثلاثا أيضاً ، للثانى الثلثان ، وللأولى الثلث .

=

... ...

= وفى المثالين اتحدت صفة الأصول بالأنوثة .

أما إذا اختلفت هذه الصفة بالذكورة والأنوثة ، فقد اختلف فيها أبو يوسف ومحمد ، فأبو يوسف يعتبر أبدان الفروع ويقسم المال عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين كالسابق ، بدون مراعاة صفة الأصول ، وروى عن أبى حنيفة هذا الرأى شذوذاً .

ومذهب محمد أنه يعتبر أبدان الفروع إن اتفقت صفة الأصول كالسابق موافقا أبا يوسف .

أما إذا اختلفت - كما هو المفروض - فيعتبر الأصول متى اختلفت صفاتهم ، ويعطى الفروع ميراث الأصول . وهذا هو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة ، والظاهر من مذهبه ، وهو المفتى به :

وطريقته : أن تقسم التركة على أول بطن اختلف ثم نجعل الذكور طائفة والإناث كذلك ، ونعطى نصيب كل أصل لفرعه ، ثم نكرر هذا العمل كلما اختلف أصل قبل الوصول إلى الفرع الأخير ، فإذا وصلنا إلى الأصل الذى ليس بعده اختلاف إلى آخر فرع أعطينا نصيبه إلى فرعه .

ولنضرب لذلك المثالين الآتيين :

(١) ميت

بنت	بنت
(١) بنت	ابن (٢)
(١) ابن	بنت (٢)

فأصل المسألة ثلاثة بحسب عدد الرؤس إذ الابن بنتان ، فلبنت البنت واحد يعطى لابنها ، ولابن البنت اثنان ، تأخذهما بنته .

(٢) ميت

بنت	بنت	بنت	بنت
٦ ابن	٦ ابن	بنت ٣	بنت ٣
٨ ابن	٤ بنت	ابن ٤	بنت ٢
٨ ابن	٤ ابن	بنت ٤	ابن ٢

فنقسم على البطن الثانى وهو أول بطن اختلف ، وعدد الرءوس فيه ستة ، فلكل بنت واحد ولكل ابن اثنان ، ثم نجعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ونعطى أربعة الذكور لأولادهم فى البطن الثالث ، فلا ينقسم ؛ لأن الأربعة لا تقسم على عدد الرءوس ، وهو ابن وبنت أى ثلاثة ، فنضرب ثلاثة عدد الرءوس فى أصل المسألة وهو ستة ينتج ثمانية عشر ، ومنها تصح المسألة ، فيكون للابن فى البطن الثانى ستة بدل من اثنين ، ويكون المجموع اثنى عشر ، فتعطى للابن والبنت فى البطن الثالث . فيأخذ الابن ثمانية ، وتعطى لابنه فى البطن الرابع ، والبنت فى البطن الثالث تأخذ أربعة وتعطى لابنها فى البطن الرابع . هذه طائفة الذكور.

وأما طائفة الإناث فمجموع نصيب البنتين فى البطن الثانى ستة ، تعطى لفرعهما فى البطن الثالث، فيأخذ الابن أربعة وتعطى لبنته فى البطن الرابع ، وتأخذ البنت اثنين ويعطيان لابنها فى البطن الرابع.

الرابعة : أن تتعدد الفروع وتختلف الأصول ، فعندئذ نقسم كالوجه السابق ، غير أننا نعتبر عدد الفروع وصفة الأصول ذكورة وأنوثة . =

... ...

مثال :

ميت

بنت	بنت	بنت
٨ بنت	بنت ٤	ابن ١٦
٦ بنت	ابن ٦	بنت ١٦
٦	بنت ٦	بنتى ١٦

فأول بطن اختلف هو الثانى ، وهو بنت وتحسب بنتين ؛ لتعدد الفرع وبنت أخرى بواحدة ؛ لعدم التعدد . وابن بابنين ؛ لتعدد فرعه ، فيكون المجموع سبعة باعتبار الابن أربع بنات . للبنت الأولى اثنان ، وللثانية واحد ، وللابن أربعة - ثم نجعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ثم نعطى ثلاثة البنتين فى البطن الثانى إلى فروعهما فى البطن الثالث ، وهو أربعة رءوس ؛ لأن البنت باثنين لتعدد فرعها ، والابن باثنين ، فيكون المجموع أربعة والمقسوم ثلاثة ، وهما متباينان ، فيضرب أصل المسألة فى عدد الرؤس ينتج ثمانية وعشرون ، ومنها تصح ، فتأخذ إحدى البنتين فى البطن الثانى ثمانية بدل اثنين ، والثانية أربعة بدل واحد ، فيكون المجموع اثنى عشر يقسمان على فرعهما فى البطن الثالث بالتساوى ، ويعطى نصيب كل أصل إلى فرعه ، فيأخذ الابنان فى البطن الرابع ستة ، نصيب أمهما والبنت ستة نصيب أبيها . وأما نصيب الابن فى البطن الثالث فيعطى لفرعه ؛ لعدم الاختلاف ، فتأخذ البنتان فى البطن الرابع ستة عشر .

الخامسة : أن تتعدد جهة الفروع ، فتعتبر تلك الجهات مع اعتبار التعدد والوصف .

مثال :

ميت

بنت	بنت	بنت
٦ بنت	ابن ١٦	بنت ٦
بنتى		ابن ٦
١١	١١	

فيقسم المال على الدرجة الثانية ، وفيها ابن كابنين ؛ لتعدد فرعه وبنت كبنتين كذلك ، وبنت أخرى ، فيكون المجموع سبعاً ، والمسألة حينئذ من سبعة ، للبنت الأولى اثنان ، وللابن أربعة ، وللبنت الثانية واحد. ثم نجعل الإناث طائفة والذكور طائفة ، فمجموع ما للبنين فى البطن الثانى ثلاثة، وهو لا ينقسم على من بإزائها من الفروع ؛ إذ هو بنتان وابن أى أربعة . فنضرب أصل المسألة فى أربعة ينتج ثمانية وعشرون ومنها تصح ، فيكون للبنتين اثنا عشر تقسم على فروعها ، فتأخذ البنتان فى البطن الثالث ستة والابن ستة أيضاً ، ثم يعطى نصيب الابن فى البطن الثانى لبنته ، فيكون ما يخصهما من أمهما وأبيهما اثنين وعشرين ، وللابن فى البطن الثالث ستة من جهة واحدة .

الصنف الثانى :

أصل الميت : وهم الأجداد الساقطون ، وهم كل جدّ توسط بينه وبين الميت أنثى كما سبق فى الجد كأب أم الميت ، وأب أب أم الميت ، وكذا الجدات الساقطات ، وهن كل أنثى توسط بينها وبين الميت جد ساقط كأم أب أم الميت ، وأم أم أب أمه .

ولهم أحوال أربعة :

(١) ما إذا تفاوتت درجاتهم ، وفى هذه الحالة يقدم الأقرب : مثال ذلك :

أب أب أم . . . .　　أب أم أب .　　فالمال للأول ؛ لقربه .　　=

... ...

= (٢) أن تتساوى درجاتهم وتتحد قرابتهم مع عدم اختلاف صفة من يدلون به فى الذكورة والأنوثة ، وعندئذ تعتبر أبدانهم فى القسمة ، فيقتسمون التركة للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثال : ميت

أم

أب

أب أم

فيعطى أب أب الأم الثلثين ، وتعطى أم أب الأم الثلث .

(٣) وهى نفس الصورة السابقة غير أن من يدلون به اختلفوا فى الذكورة والأنوثة ، وعندئذ يقسم على أول بطن اختلف كما فى الصنف الأول ، ولا اعتبار بكون المدلى به وارثاً أو غير وارث ، فلا يرجح المدلى بوارث على غيره ، بخلافه فى الصنف الأول .

مثال ذلك : ميت

أم

أب

١٢ - أب أم - ٣

٨ أب أم ٤ أب - ٣

فأول خلاف حصل فى الأصل الثالث ، وهو أب أب الأم وأم أب الأم ، فتكون المسألة من خمسة، للأب أربعة ، وللأم واحد ، ونصيب الأب لا ينقسم على أصليه ، وبيانهما ، فنضرب عدد الرءوس فى أصل المسألة أى ثلاثة فى خمسة ينتج خمسة عشر ، ومنها تصح ، فيأخذ فى الأصل الثالث اثنى عشر ، تعطى لأصليه ، فيأخذ الأب ثمانية والأم أربعة . وتعطى الأم فى الأصل الثالث ثلاثة تعطى لأصلها .

(٤) أن تختلف قرابتهم مع تساويهم فى الدرجة ، وعندئذ تعطى قرابة الأم الثلث ، وقرابة الأب الثلثين ، فكأنه مات عن أب وأم .

مثال ذلك : أم أب

أب أم

أب أب

أم أب أم أب

١ ٢ ٢ ٤

فيعطى الأب اثنين ، والأم واحداً ، ثم يقسم نصيب كل قرابة على أول بطن اختلف كما لو اتحدت القرابة ، فلا ينقسم نصيب فريق الأب عليهم ، وبينه وبين رءوسهم تباين ، فنضرب أصل المسألة فى عدد رءوسهم وهى ثلاثة فى ثلاثة فينتج تسعة ، ومنها تصح ، تأخذ قرابة الأب ستة : لأم أب أم الأب اثنان ، ولأب أب أم الأب أربعة ، وكذلك قرابة الأم تأخذ ثلاثة : لأم أب أب أم الميت واحد ، ولأب أب أب أم الميت اثنان .

الصنف الثالث :

جزء الأخوة - أى من ينتسب إلى أبوى الميت وهم أولاد الأخوات ، وبنات الإخوة مطلقا ، وبنو الإخوة لأم وإن سفلوا ، ولهم أحوال ثلاثة : =

... ...

= الأولى : أن تختلف درجاتهم ، وعندئذ يقدم الأقرب .

مثال ذلك : بنت أخت ، ابن بنت أخ ، فالمال كله لبنت الأخت ؛ لقربها دون ابن بنت الأخ .

الثانية : أن تتساوى درجاتهم وبعضهم ولد عصبة والبعض ولد ذى رحم ، فيقدم ولد العصبة على غيره .

مثال ذلك : بنت ابن أخ ، ابن بنت أخ . فالمال كله لبنت ابن الأخ لأنها ولد عصبة دون الثانى ؛ فإنه ولد ذى رحم .

الثالثة : أن تتساوى درجاتهم ولم يجتمع فيهم ولد عصبة مع ولد ذى رحم ، سواء أكانوا كلهم أولاد عصبة أم بعضهم أولاد عصبة مع ذى فرض ، أو الكل أولاد ذى فرض ، أو الكل أولاد ذى رحم .

ففى هذه الصور يقسم المال على الأصول أى الإخوة والأخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول ، فما أصاب كل فريق يقسم على فرعه كالصنف الأول ، ولا نجعل الإناث طائفة والذكور طائفة إذا اختلف الأصول فى الاستحقاق . فإن كان الاختلاف فى الذكورة والأنوثة فقط فيجمع كالصنف الأول . هذا رأى محمد . وعند أبى يوسف يقدم فى القرابة ، فمن كان أصله أخا لأب وأم أولى ممن كان أصله لأب فقط ، ومن كان أصله لأب يقدم على من كان أصله لأم .

فإن اتحدوا فى القوة قسم على الفروع الموجودين :

مثال : ميت

أخ شقيق	أخ لأب
ابن	ابن
بنت	بنت

فتأخذ بنت ابن الشقيق كل المال ؛ لأن أصلها يحجب أصل الأخرى .

الصنف الرابع :

من ينتسب إلى جدى الميت ، وهما أبو الأب وأبو الأم قريبين أو بعيدين ، وكذلك من ينتسب إلى جدتيه ، وهما أم الأم وأم الأب ، قريبتين أو بعيدتين .

وهم الأعمام لأم والعمات مطلقاً ، والأخوال مطلقا ، والخالات كذلك ، ثم أولاد هؤلاء وإن سفلوا ذكورا كانوا أو أناثاً .

فالعمات والأخوال والخالات مطلقا والأعمام ؛ لأن لهم حالتين :

الأولى : أن يتحد خير قرابتهم بأن يكون كلهم من جانب واحد كالعمات والأعمام لأم ؛ فإنهم من جانب واحد وهو الأب ، وكالأخوال والخالات فإنهم من جانب واحد وهو الأم . فيقدم أقواهم فى القرابة ، فمن كان لأب وأم أولى بالميراث ممن كان لأب ، ومن كان لأب أولى ممن كان لأم ؛ وذلك لأن القرابة من الجانبين أقوى ، وكذا قرابة الأب أقوى من قرابة الأم ، سواء أكان القوى ذكرا أم أنثى، فالعمة لأب وأم أولى من عمة لأب ومن عم لأب ؛ لأنها أقوى قرابة فتحوز المال كله ، وكذا عمة لأب أولى من عمة وعم لأم ؛ لقوة قرابة الأولى .

وإذا كان له ثلاثة أخوال قسموا المال بينهم أثلاثا .

وإذا كان له خال شقيق وخالة شقيقة فللخال الثلثان وللخالة الثلث .

الثانية : أن تختلف جهة قرابتهم بأن يكون بعضهم من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم، فيعطى=

ولا هُمْ عَصَبَةٌ . وهم بالجملة بنو البنات ، وبناتُ الإخوة ، وبنو الأخوات ، وبناتُ الأعمامِ ، والعمُّ أخو الأبِ للأمِّ فقط، وبنو الإخوةِ للأمِّ ، والعَمَّاتُ ، والخالاتُ ، والأخوالُ : فذهب مالكٌ ، والشافعي ، وأكثرُ فقهاءِ الأمصار ، وزيدُ بنُ ثَابِتٍ من الصحابة إلى أنه لا

= قرابة الأب الثلثين وقرابة الأم الثلث ، ثم يقسم نصيب كل فريق عليهم كما تقدم فى الحالة الأولى .

مثال : ميت

عمة شقيقة	عم لأم	خالة لأب	خال لأم
٢	م	١	م

فالمسألة من ثلاثة ، لقرابة الأب اثنان ولقرابة الأم واحد ، يعطى نصيب قرابة الأب للعمة الشقيقة ؛ لأنها أقوى من العم لأم كما تقدم ، ويعطى نصيب قرابة الأم للخالة لأب ؛ لأنها أقوى قرابة من الخال لأم .

أولاد الصنف الرابع :

وإنما ذكروا فى بحث مستقل دون أولاد من قبلهم ؛ لأن العمات والأعمام والخالات لا تتناول أولادهم بخلاف الأصناف الثلاثة المتقدمة ، فإن الاسم يتناولهم - فإذا قلت : أولاد البنات والأخوات والجدات ، كان متناولا ما علا وما سفل .

ولهم أربعة أحوال :

الأولى : أن تستوى درجاتهم وتتحد جهة قرابتهم فيقدم الأقوى ، فمن كان أصله لأبوين أولى ممن أصله لأب ، وهذا أولى ممن أصله لأم ، فإذا كان للميت بنت عمة شقيقة وابن عمته لأب ، فالمال كله لبنت العمة الشقيقة لقوة قرابتها ؛ لأن أصلها أقوى .

الثانية : أن تختلف درجاتهم ، فيقدم الأقرب سواء أكان من جهة الأب أم من جهة الأم .

مثال ذلك : بنت عمة ، ابن بنت عم .

فتأخذ بنت العمة كل المال لقربها ، وكذلك إذا كان للميت بنت خالة وابن بنت عم ، فتأخذ بنت الخالة المال كله .

الثالثة : أن تستوى درجاتهم وتتحد جهة قرابتهم وقوتها ، فعندئذ يقدم أولاد العصبات على أولاد ذى الرحم ، فإن كان الكل أولاد عصبات أو أولاد ذى رحم اقتسموا المال للذكر مثل حظ الأنثيين .

فإذا كان للميت بنت عم شقيق وابن عمة شقيقة أخذت بنت العم كل المال ؛ لأن أصلها عصبة بخلاف ابن العمة ؛ فإن أصله ذو رحم .

وإذا كان له بنت عمة شقيقة وابن عمة شقيقة اقتسما المال : لابن العمة الشقيقة الثلثان ، ولبنت العمة الثلث ، وإذا كان له بنت عم لأم ، وابن عمة لأم ، فيقسم المال على العم والعمة ، وهو أول بطن اختلف للذكر مثل حظ الأنثيين ، فتأخذ العمة واحداً يعطى لابنها ، ويأخذ العم اثنين يعطيان لبنته .

الرابعة : أن يستووا فى القرب وتختلف جهة قرابتهم بأن يكون بعضهم من جهة الأب والبعض الآخر من جهة الأم ، وفى هذه الحالة يعطى لقرابة الأب الثلثان ، ولقرابة الأم الثلث ، وما أصاب كل فريق يقسم بينهم كما لو اتحدت جهة قرابتهم .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

ميراث لهم،، وذهب سائر الصحابة، وفقهاء « العراق »، و« الكوفة »، و«البصرة »، وجماعة العلماءِ من سائر الآفاق إلى توريثهم ،، والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم: فذهب أبو حنيفة، وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب [(١)] العَصَبَات ،، وذهب سائر من ورَّثَهُم إلى التنزيل، وهو أن يُنَزَّلَ كُلٌّ من أدلى منهم بذي سَهْمٍ أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى [(٢)] به ،، وعمدة مالك، ومن قال بقوله: أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل ألا يثبتَ فيها شَيْءٌ إلا بكتاب، أو سنة ثابتة، أو إجماع ،، وجميع ذلك معدوم في هذه المسألة ،، وأما الفرقة الثانية: فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب، والسنة، والقياس: أما الكتاب فقوله تعالى **﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾** [الأنفال: ٧٥]، وقوله تعالى: **﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ﴾**: [النساء: ٧]،، واسم القَرابة ينطلق على ذوي الأرحام، ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث ،، وأما السُّنَّة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب؛ أنه كتب إلى أبي عبيدة؛ أن رسول الله ﷺ قال: « **اللهُ وَرَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ** » [(١١٠٧)]،

---

(١) فى الأصل: توريث.				(٢) فى الأصل: يدلى.

(١١٠٧) أخرجه أحمد (١/٢٨)، والترمذى (٤/٤٢١) كتاب الفرائض: باب ميراث الخال، حديث (٢١٠٣)، وابن ماجه (٢/٩١٤) كتاب الفرائض: باب ذوى الأرحام، حديث (٢٧٣٧)، والنسائى فى «الكبرى» (٤/٧٦)، وابن الجارود فى « المنتقى » (٩٦٤)، وابن حبان (١٢٢٧ - موارد)، والطحاوى فى «شرح معانى الآثار» (٤/٣٩٧) كتاب الفرائض: باب ميراث ذوى الأرحام، والدارقطنى (٤/ ٨٤ - ٨٥) كتاب الفرائض، حديث (٥٣)، والبيهقى (٦/ ٢١٤) كتاب الفرائض: باب توريث ذوى الأرحام، كلهم من طريق عبد الرحمن بن الحارث بن عياش بن أبى ربيعة الزرقى عن حكيم بن حكيم عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف: « أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث إلا خال، فكتب فى ذلك أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر، فكتب إليه عمر؛ أن النبى ﷺ قال: « الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له » .

قال الترمذى: حديث حسن صحيح .

وصححه ابن حبان .

قال الألبانى فى « إرواء الغليل » (٦/١٣٧): إسناده حسن؛ فإن عبد الرحمن هذا فيه كلام لا ينزل به حديثه عن رتبة الحسن .

وقال الحافظ فى « التقريب »: صدوق له أوهام . أ.هـ .

وللحديث شواهد كثيرة من حديث المقدام بن معد يكرب، وعائشة ،وأبى هريرة، وأبى الدرداء .

حديث المقدام:

أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٠) كتاب الفرائض: باب ميراث ذوى الأرحام، حديث (٢٨٩٩ - ٢٩٠٠)، وابن ماجه (٢/ ٩١٤) كتاب الفرائض: باب ذوى الأرحام، حديث (٢٧٣٨)، والطيالسى =

... ...

(١/ ٢٨٤ - منحة) رقم (١٤٤٢) ، وسعيد بن منصور (١/ ٩٢) رقم (١٧٢) ، وابن الجارود رقم (٩٦٥) ، وابن حبان (٢٢٥ـ - موارد) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٩٧ - ٣٩٨) ، وأحمد (٤/ ١٣١ ، ١٣٣) ، والدارقطنى (٤/ ٨٥) كتاب الفرائض : حديث (٥٧) ، والحاكم (٤/ ٣٤٤)، والبيهقى (٦/ ٢١٤) كتاب الفرائض : باب من قال بتوريث ذوى الأرحام ، كلهم من طريق بديل بن ميسرة عن على بن أبى طلحة عن راشد بن سعد عن أبى عامر الهوزنى عبد اللهبن لحى عن المقدام قال : قال رسول الله ﷺ : « من ترك كلا فإلى (وربما قال : إلى الله ورسوله) ، ومن ترك مالاً فورثته ، وأنا وارث من لا وارث له ، أعقل له وأرثه ، والخال وارث من لا وارث له ، يعقل عنه ويرثه » .

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين .

وتعقبه الذهبى بقوله : قلت : « علىٌّ قال أحمد : له أشياء منكرات . قلت : لم يخرج له البخارى » أ.هـ .

وقد خولف فى هذا الحديث ، خالفه محمد بن الوليد الزبيدى :

أخرجه ابن حبان (١٢٢٦ - موارد) من طريق محمد بن الوليد الزبيدى : ثنا راشد بن سعد عن ابن عائذ ؛ أن المقدام حدثهم . . . فذكر نحوه .

وقد صحح الطريق الأول ابن حبان ، وحسنه أبو زرعة الرازى قال ابن أبى حاتم فى « العلل » (٢/ ٥٠) رقم (١٦٣٦) : سمعت أبا زرعة وذكر حديث المقدام بن معدى كرب عن النبى ﷺ : «الخال وارث من لا وارث له » قال : هو حديث حسن ، قال له الفضل الصائغ : أبو عامر الهوزى من هو ؟ قال : معروف ، روى عنه راشد بن سعد ، لابأس به .

حديث عائشة :

أخرجه الترمذى (٣/ ٤٢٢) كتاب الفرائض : باب ميراث الخال ، حديث (٢١٠٤) ، والطحاوى (٤/ ٣٩٧) كتاب الفرائض : باب مواريث ذوى الأرحام ، والدارقطنى (٤/ ٨٥) كتاب الفرائض ، حديث (٥٤) والحاكم (٤/ ٣٤٤) ، والبيهقى (٦/ ٢١٥) كتاب الفرائض : باب توريث ذوى الأرحام ، كلهم من طريق ابن جريج عن عمرو بن مسلم عن طاوس عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : «الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » .

قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

وقد ورد هذا الحديث موقوفاً على عائشة :

أخرجه الدارمى (٢/ ٣٦٦) كتاب الفرائض : باب ميراث ذوى الأرحام ، والدارقطنى (٤/ ٨٥) كتاب الفرائض ، والبيهقى (٦/ ٢١٥) كتاب الفرائض : باب توريث ذوى الأرحام ، من طريق أبى عاصم عن ابن جريج عن عمرو بن مسلم عن طاوس عن عائشة موقوفاً .

وقال الترمذى : وقد أرسله بعضهم ، ولم يذكر فيه عائشة .

حديث أبى هريرة :

أخرجه الدارقطنى (٤/ ٨٦) كتاب الفرائض ، حديث (٦٢) ، وأبو نعيم فى « أخبار أصبهان » (١/ ٨٦) ، والبهيقى (٦/ ٢١٥) كتاب الفرائض : باب توريث ذوى الأرحام ، من طريق ليث عن محمد ابن المنكدر عن أبى هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : «الخال وارث من لا وارث له » .

حديث أبى الدرداء :

وأما من طريق المعنى : فإن القدماءَ من أصحابِ أبي حنيفةَ قالوا : إن ذَوِي الأرحامِ أولى من المسلمين ؛ لأنهم قد اجتمع لهم سببان : القرابةُ ، والإسلامُ ، فأشبهوا تقديمَ الشقيق على الأخِ للأبِ ، أعني : أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سببٌ واحدٌ ، ، وأما أبو زيد، ومتأخرو أصحابه : فَشَبَّهُوا الإِرْثَ بالولاية ، وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز ، والصلاة ، والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الأرحام- وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ، ، وللفريق الأول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف، وأصل ما عولوا عليه أنه لا يقترن ذوو الأرحام من الوارثين فى البعد من أصلية الذين الأب والأم ، ومنهم من لا يفرق إلا بالذكورة والأنوثة ، فالأولى مثل الخال ؛ فإنه من الأم كالعم ، والقسم الثانى مثل العمة ؛ فإنه لا تخالف إلا فى الذكورية فقط ، وكذلك بنت العم وبنت الأخ ، ، وإذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفقِ عليها والمختلفِ فيها.

[ميراث الأولاد]

مِيرَاثُ الصُّلْبِ : وأجمعَ المسلمون على أن ميراثَ الأولادِ من والدهم ووالدتهم إن كانوا ذكوراً وإناثاً معاً هو أن للذكر منهم مِثْلَ حَظِّ الأنثيين ، وأن الابنَ الواحدَ إذا انفرد فله جميعُ المالِ ، وأن البنات إذا انفردْنَ ، فكانت واحدةً أن لها النصفَ ، وإن كُنَّ ثلاثاً فما فوق ذلك ، فَلَهُنَّ الثُّلُثَان .

[الاخْتِلافُ فِي مِيرَاثِ البِنْتَيْنِ إِذَا انْفَرَدَتَا]

واختلفوا في الاثنتين : فذهب الجمهورُ إلى أن لهما الثلثين ، ، ورُوِيَ عَنِ ابن عَبَّاسٍ أنه قال : للبنتين النصفُ ، ، والسبب في اختلافهم : تَرَدُّدُ المفهوم في قوله تعالى : ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء : ١١] ، هل حكم الاثنتين المسكوتُ عنه يَلْحَقُ بحكم الثلاثة ، أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقتان بحكم الواحدة ، ، وقد قيل : إن المشهور عن ابن عباس مِثْلُ قولِ الجمهورِ، وقد روي عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر بن

= أخرجه العقيلى فى « الضعفاء » (٤/٢٦٣) من طريق مهند بن عبد الرحمن بن عبيد بن حاضر عن أم الدرداء عن أبى الدرداء ؛ أن رسول الله ﷺ قال : « الخال وارث من لا وارث له » .

قال العقيلى : مهند بن عبد الرحمن عن أم الدرداء ، حديثه غير محفوظ ، ولا يعرف إلا بهذا الإسناد ، وقد روى بغير هذا الإسناد من طريق أصلح من هذا .

عبد الله « **أن النبي ﷺ أعطى البنتين الثُّلُثَيْنِ** » (١١٠٨) ، ، قال - فيما أَحْسَبُ أبو عمر بن عبد البر - : وعبد الله بن عقيل ، قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه ، وخالفهم آخرون ، ، وسبب الاتفاق في هذه الجملة : قوله تعالى : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ** ﴾ إلى قوله: ﴿ **وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ** ﴾ [النساء : ١١].

[القَوْلُ في ميرَاثِ بَنِي البنينَ ، وَهَلْ يُحْجَبُونَ كَمَا يُحْجَبُ البَنُونَ]

وأجمعوا من هذه الباب على أن بني البنين يقومون مَقَام البنين عند فقد البنين يرِثُون كما يرثون ويُحْجُبُونَ كما يُحْجَبُونَ ، إلا شيءٌ رُوِيَ عن مُجَاهِد أنه قال : وَلَدُ الابْنِ لا يَحْجُبُون الزوجَ من النصف إلى الربع كما يَحْجُبُ الوَلَدُ نَفْسَهُ ، ولا الزوجة من الربعِ إلى الثُّمُنِ ، ولا الأمَّ من الثلث إلى السُّدُسِ .

وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراثٌ مع بنات الصُّلْبِ (١) إذا استكمل بناتُ المتوفي الثلثين .

[الاختلاف إذا كان مع بنات الابنِ ذكرٌ في مَرْتَبَتِهنَّ]

واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذَكَرٌ ابنُ ابنٍ في مرتبتهن أو أَبْعَدُ مِنْهُنَّ .

[قَوْلُ الْجُمْهُور]

فقال جمهور فقهاءِ الأمصارِ : إنه يُعصِّبُ بَنَاتِ الابنِ فيما فَضَلَ عن بنات الصُّلْبِ (٢)

(١١٠٨) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٢) ، وأبو داود (٣/ ٣١٦) كتاب الفرائض : باب ميراث الصلب ، حديث (٢٨٩٢) ، والترمذى (٤/ ٤١٤) كتاب الفرائض : باب ميراث البنات ، حديث (٢٠٩٢) ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٨) كتاب الفرائض : باب فرائض الصلب ، حديث (٢٧٢٠) ، وابن سعد (٣/ ٢/ ٧٨) ، والحاكم (٤/ ٣٣٣ - ٣٣٤) كتاب الفرائض : باب إذا تحدثتم فتحدثوا بالفرائض ، والبيهقى (٦/ ٢١٦) كتاب الفرائض : باب توريث ذوى الأرحام ، كلهم من طريق عبد الله بن محمد ابن عقيل عن جابر قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع ، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً ، وإن عمهما أخذ مالهما فلا يدع لهما مالاً ولا تنكحان إلا ولهما مال . قال : « يقضى الله فى ذلك » فنزلت آية الميراث ، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال : « أعط ابنتى سعد الثلثين ، وأعط أمهما الثمن ، وما بقى فهو لك ».

قال الحاكم : صحيح الإسناد . ووافقه الذهبى .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

والحديث : ذكره السيوطى فى « الدر المنثور » (٢/ ٢٢٢) وعزاه إلى ابن سعد ، وابن أبى شيبة ، وأحمد ، وأبو داود ، والترمذى ، وابن ماجه ، ومسدد ، والطيالسى ، وابن أبى عمر ، وابن منيع ، وابن أبى أسامة ، وأبى يعلى ، وابن أبى حاتم ، وابن حبان ، والحاكم ، والبيهقى عن جابر .

(١) فى الأصل : المتوفى .	(٢) فى الأصل : المتوفى .

فيقسمون [١] المالَ للذكرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين ؛ وبه قال عليٌّ - رضي الله عنه - وزيدُ بْنُ ثَابِتٍ من الصحابة .

[قَوْلُ أَبِي ثَوْر وَدَاوُدَ]

وَذَهَب أَبُو ثَوْر ، وَدَاوُدَ : أنه إذا استكمل البناتُ الثلثينِ أن الباقي لابن الابن دونَ بنات الابن ، كُنَّ في مرتبة واحدة مع الذكر ، أو فَوْقَهُ ، أو دونه ،، وكان ابن مسعود يقول في هذه : للذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثرَ من السدس، فَلا يُعْطَى إلا السُّدُسَ .

[عُمْدَةُ الجمهور]

وعمدة الجمهور : عمومُ قوله تعالى : ﴿ **يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُم لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ** ﴾ وأن وَلَدَ الولَدِ وَلَدٌ من طريق المعنى ، وأيضاً لما كان ابن الابن يُعَصِّبُ من في درجته في جملة المال ، فواجب أن يعصب في الفاضل من المال .

[دليلُ داودَ ، وأبي ثور]

وعمدة داودَ ، وأبي ثور : حديثُ ابن عباسٍ ؛ أن النبي ﷺ قال : « **اقْسِمُوا المَالَ بَيْنَ أَهْلِ الفَرَائِضِ عَلَى كِتَابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، فَمَا أَبْقَتِ الفَرَائِضُ فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ** » [١١٠٩] ،، ومن طريق المعنى أيضاً : أَن بنتَ الابنِ لَمَّا لم تَرِثْ مُفْرَدَةً من الفاضِلِ عن الثلثين [٢] كان أحرى أَلا ترثَ مع غيرها ،، وسبَبُ اختلافهم: تعارضُ القياس والنظرِ في الترجيح.

---

(١) في الأصل : فيقتسمون .

(١١٠٩) أخرجه البخارى (١٢/ ٢٧) كتاب الفرائض : باب ابنى عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج، حديث (٦٧٤٦) ، ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض : باب ألحقوا الفرائض بأهلها ، حديث (٢/ ١٦١٥) ، وأحمد (١/ ٣١٣) ، والدارمى (٢/ ٣٦٨) كتاب الفرائض : باب العصبة ، وأبو داود (٣/ ٣١٩) كتاب الفرائض : باب ميراث العصبة ، حديث (٢٨٩٨) ، وابن ماجه (٢/ ٩١٥) كتاب الفرائض : باب ميراث العصبة ، حديث (٢٧٤٠) ، والترمذى (٤/ ٣٦٤ - ٣٦٥) كتاب الفرائض : باب فى ميراث العصبة ، حديث (٢٠٩٨)، والطيالسى رقم (٢٦٠٩) ، وابن الجارود رقم (٩٥٥) ، وعبد الرزاق (١٩٠٠٤) ، وأبو يعلى (٤/ ٢٥٨) رقم (٢٣٧١) ، وابن حبان (٥٩٩٦ ، ٥٩٩٧ ، ٥٩٩٨ - الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤/ ٣٩٠) كتاب الفرائض : باب الرجل يموت ويترك بنتاً وأختاً وعصبة وسواهما ، والدارقطنى (٤/ ٧٠) كتاب الفرائض رقم (١١) ، والبيهقى (٦/ ٢٣٨) كتاب الفرائض : باب ترتيب العصبة ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٤٨ - بتحقيقنا) كلهم من طريق عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به .

وفى لفظ بعضهم : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما تركت الفرائض فلأولى رجل ذكر » .

(٢) فى الأصل : الثلث .

[دَليلُ ابنِ مَسْعُود]

وأما قولُ ابنِ مَسْعُود : فمبنيٌّ على أصله في أن بَناتِ الابنِ لما كُنَّ لا يَرِثْنَ مع عدم الابن أكْثَرَ من السُّدُسِ ، لم يجب لهن مع الغير أكْثَرُ مما وجب لهن مع الانفراد ، وهي حجة قريبة من حجة داود ،، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن إن كان في درجتهن أو أطرف منهن ،، وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبهن إلا إذا كان في مرتبتهن [1] .

وجمهور العلماء : على أنه إذا ترك المتوفى بنتاً لصلب ، وبنتَ ابنٍ ، أو بناتِ ابنٍ ليس معهن ذكرٌ أنَ لبناتِ الابنِ السُّدُس تكْمِلَةَ الثلثينِ .

وخالفت الشِّيعَةُ في ذلك فقالتُ : لا ترثُ بنتُ الابنِ مع البنتِ شيئاً ؛ كالحال في ابن الابنِ مع الابنِ .

[الاخْتلافُ في بَنَاتِ الابنِ في مَوْضعَيْن]

فالاختلافُ في بنات الابنِ في موضعين : مع بني الابنِ ، ومع البناتِ فيما دونَ الثلثين وفوق النِّصْفِ ، فَالمتحَصَّلُ فِيهِنَّ إذا كُنَّ مع بني الابن أنه قيل : يرثن ،، وقيل : لا يرثن ،، وإذا قيل : يرثن ، فقيل : يرثن تعصيباً مطلقاً ،، وقيل : يرثن تعصيباً إلا أن يكون أكْثَرَ من السدس ،، وإذا قيل : يرثن فقيل أيضاً : إذا كان ابنُ الابنِ في دَرَجَتِهِنَّ ، وقيل: كيفما كان ،، والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابنِ الابن فيما فَضَلَ عن النصف إلى تكْمِلَةِ الثلثينِ ، قيل : يرثن ، وقيل: لا يرثن .

[تَوْريثُ الأزواج]

وأجمعَ العلماءُ على أنَّ ميراث الرَّجُلِ[2] مِنِ امرأتِهِ – إذا لم تترك ولداً ، ولا ولد ابن – النصفُ ذكراً كان الولد ، أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد، وأنها إن تركت ولداً فله الربع .

[توريث الزوجات]

وأن ميراثَ المرأةِ من زوجها إذا لم يترك الزوجُ ، ولداً ولا ولدَ ابن الربع ، فإن ترك ولداً أو ولد ابن فالثمن ،، وأنه ليس يَحْجُبُهُنَّ أحَدٌ عن الميراث ، ولا يُنْقِصُهُنَّ أحد إلا الولد ؛ وهذا لورود النص في قوله تعالى : ﴿ **وَلَكُم نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ** ... ﴾ [النساء : ١٢] الآية .

---

(١) في الأصل : ورثته .

(٢) في الأصل الزوج .

[ميراث الأب والأم]

وأجمع العلماءُ على أن الأبَ إذا انفرد كان له جَميعُ المال ، وأنه إذا انفردَ الأبوانِ كان للأمِ الثُّلُثُ وللأبِ البَاقِي ؛ لقوله تعالى : ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ ،، وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما [1] إذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعني أن لكل واحد منهما السُّدُسَ ؛ لقوله : ﴿ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ، ، والجمهور على أن الولد هو الذكرُ دون الأنثَى ، ، وخالفهم في ذلك من شَذَّ ، وأجمعوا على أن الأبَ لا يَنْقُصُ مع ذَوِي الفَرَائِضِ من السُّدُسِ ، وله ما زاد ، وأجمعوا من هذا الباب على أنَّ الأم يَحْجُبُهَا الإخوةُ من الثُّلُثِ إلى السُّدُسِ ؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ .

[أَقَلُّ مَا يَحْجُبُ الأُمَّ مِنَ الثُّلُث إِلَى السُّدُسِ مِنَ الإِخْوَةَ]

واختلفوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة : فذهب عليٌّ - رضي الله عنه - وابن مسعودٍ إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً ؛ وبه قال مالكٌ ، ، وذهب ابنُ عباسٍ إلى أنهم ثلاثةٌ فصاعداً ، وأن الاثنين لا يحجبان الأمَّ من الثلثِ إلى السدس ، ، والخلافُ آيلٌ إلى أَقَلِّ مَا ينطلقُ عليه اسمُ الجمعِ : فمن قال : أقلُّ ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثةٌ ، قال : الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ، ، ومن قال : أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان ، قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان ، أعني : في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ ﴾ ، ، ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحتَ اسم الإخوة في الآية ؛ وذلك عند الجمهور ، ، وقال بعضُ المتأخرينَ : لا أنقل الأمَّ من الثلثِ إلى السدسِ بالأخواتِ المنفردات ؛ لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسمُ الإخوَة ، إلا أن يكون معهن أخٌ ل؛ موضع تَغْلِيبِ المُذَكَّرِ على المُؤَنَّثِ ؛ إذ اسم الإخوة هو جَمْعُ أَخٍ ، والأخ مذكرٌ .

[مَنْ يَرِثُ السدسَ الذي تُحْجَبُ عنه الأُمُّ بالإخوة]

واختلفوا منْ هذا البابِ فيمن يَرِثُ السدسَ الذي تُحْجَبُ عنه الأُمُّ بالإخوة ؛ وذلك إذا ترك المتوفى أَبَوَيْنِ ، وإخوةً : فقال الجمهورُ : ذلك السدسُ للأبِ مع الأربعةَ الأسداسِ ، وروي عن ابن عباس أن ذلك السدسَ للإخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان ؛ لأنه ليس في الأصولِ مَنْ يَحْجُبُ ، وَلا يَأْخُذُ ما حَجَبَ إلا الإخوةُ مع الآباء ، ، وَضَعَّفُ قوم الإسنادَ بذلك عن ابن عباس ، ، وقولُ ابنِ عباسٍ هو القياسُ .

---

(١) فى الأصل : ابنتيهما .

[اختلافُهُمْ في مسألة الغراوين]

واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بـ« الغراوين » ، وهي فيمن ترك زوجةً وأبوين ، أو زوجاً وأبوين : فقال الجمهورُ في الأولى : للزوجة الربعُ ، وللأم ثُلُثُ ما بَقِيَ ، وهو الربعُ من رأسِ المال ، وللأبِ ما بقي وهو النصفُ ، ، وقالوا في الثانية : للزوج النصفُ ، وللأم ثُلُثُ ما بقي ، وهو السدسُ من رأسِ المالِ ، وللأبِ ما بقي ، وهو السُّدُسَانِ ، وهو قول زيد ، والمشهورُ من قولِ عليٍّ - رضي الله عنه- ، ، وقال ابن عباس في الأولى : للزوجة الرُّبُعُ من رأسِ المالِ ، وللأمِّ الثُّلُثُ منه أيضاً ؛ لأنها ذاتُ فَرْضٍ ، وللأبِ ما بقي ؛ لأنه عَاصِبٌ ، وقال أيضاً في الثانية : للزوج النصفُ ، وللأم الثلثُ ؛ لأنها ذاتُ فرض مُسَمى ، وللأبِ ما بقي ؛ وبه قال شُرَيْحٌ القاضي ، وداودُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وجماعةٌ ، ، وعمدةُ الجمهورِ : أَنَّ الأبَ والأمَ لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلثُ وللأب الباقي ، وجب أن يكون الحالُ كذلك فيما بقي من المال ، وكأنهم رأوا أن يكونَ ميراث الأمِّ أَكْثَرَ من ميرَاث الأبِ خروجاً عن الأصولِ ، ، وعمدةُ الفريقِ الآخرِ : أنَّ الأمَّ ذاتُ فرضٍ مُسَمى والأبُ عَاصِبٌ ، والعاصِبُ ليس له فرضٌ محدودٌ مع ذَوِي الفُرُوضِ ، بل يَقِلُّ ويَكْثُرُ ، ، وما عليه الجمهورُ من طريق التعليلِ أظهرُ ، وما عليه الفريق الثاني مع عدم التعليل أظهر ، وأعني بالتعليل هاهنا : أن يكون أحقُّ سَبَبَي الإنسانِ أولى بالإيثار ، أعني : الأب من الأم .

[ميرَاثُ الإخْوَة للأُمِّ]

وأجمع العلماء على أن الإخوة لَلأم إذا انفرد الوَاحدُ منهم أن له السدسَ ذكراً كان أو أنثى ، وأنهم إن كانوا أكثرَ من واحدٍ ، فهم شُرَكَاءُ في الثلثِ على السَّوِيَّةِ ، للذكر منهم مثلُ حظِّ الأنثى سواء ، ، وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأبُ ، والجدُّ أبو الأبِ وإن عَلا ، والبنونَ : ذكرانُهُم وإناثُهُم ، وبنو البنين وإن سَفَلُوا ؛ ذكرانهم وإناثهم ، وهذا كُلُّهُ لقوله تعالى : ﴿**وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ**...﴾ [النساء : ١٢] الآية ، وذلك أن الإجماعَ انعقد على أن المقصودَ بهذه الآيةِ هم الإخوةُ [للأم] فقط ، وقد قُرِيءَ : « **وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ من أُمِّه** » .

[ما هي الكَلالَةُ]

وكذلك أجمعوا - فيما أحسب هاهنا - على أن الكَلالَةَ : هي فَقْدُ الأصنافِ الأربعةِ التي ذكرناها من النسب ، أعني : الآباءَ ، والأجدادَ ، والبَنِينَ ، وبَنِي البنينَ .

[ميرَاثُ الإخْوَة للأَب ، وَالأُمِّ أو للأب]

وأجمع العلماءُ على أن الإخوةَ للأَبِ والأمِ أو للأب فقط يرثون في الكَلالَةِ أيضاً ،

أما الأُخْتُ إذا انفردت فإن لها النصفَ ، وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثانِ ، كالحالِ في البناتِ ، وأنهم إن كانوا رجالاً ذكوراً وإناثاً ، فللذكر مثْلُ حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ؛ وهذا لقوله تعالى : ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الكَلالَةِ﴾ [النساء : ١٧٦].

[اخْتلافهم في معنى الكَلالة]

إلا أنهم اختلفوا في معنى الكلالة هاهنا في أشياءَ ، واتفقوا منها في أشياءَ يأتي ذكْرُهَا إن شاء الله تعالى ، فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا البابِ على أن الإخوةَ للأب والأمِّ ؛ ذكراناً كانوا أو إناثاً أنهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئاً ، ولا مع ولد الولد[1]، ولا مع الأب شيئاً ،، واختلفوا فيما سوى ذلك.

[اختلافُهُمْ في ميراث الإخوة للأبِ والأم مع البنت والبنات]

فمنها : أنهم اختلفوا في ميراث الإخَوة للأبَ والأم مع البنتَ أو البناتَ : فذهب الجمهورُ : إلى أَنَّهُنَّ عَصَبَةٌ يُعْطَوْنَ ما فَضَلَ عن البناتِ ،، وذهب داودُ بنُ عليٍّ الظاهريُّ، وطائفةٌ : إلى أن الأختَ لا ترثُ مع البنتِ شيئاً ،، وعُمْدَةُ الجمهور في هذا : حديثُ ابنِ مسعود عن النبي ﷺ أنه قال في ابنة ، وابنة ابنٍ ، وأخت : « **أَنَّ لِلْبِنْتِ النِّصْفَ ، وَلابْنَةِ الابْنِ السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلأُخْتِ** » (١١١٠) ،، وأيضاً من جهة النظرِ لما أجمعوا على توريثِ الإخوة مع البناتِ ، فكذلك الأخوات ،، وعمدة الفريق الآخر : ظاهرُ قولِه تعالى : ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ ﴾ [النساء : ١٧٦] ، فلم يجعل للأختِ شيئاً إلا مع عدمِ الولدِ ، والجمهورُ جعلوا اسمَ الولد هاهنا على الذكور دونَ الإناث .

---

(١) فى الأصل : الابن .

(١١١٠) أخرجه البخارى (١٢/ ١٧) كتاب الفرائض : باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ، حديث (٦٧٣٦) ، وأحمد (١/ ٣٨٩) ، وأبو داود (٣/ ٣١٢) كتاب الفرائض : باب ميراث الصلب ، حديث (٢٨٩٠) ، والترمذى (٤/ ٤١٥) كتاب الفرائض : باب ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب ، حديث (٢٠٩٣) ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٩) كتاب الفرائض : باب فرائض الصلب ، حديث (٢٧٢١) ، والبيهقى (٦/ ٢٣٠) ، والدارمى (٢/ ٣٤٨) كتاب الفرائض : باب فى بنت وابنة ابن وأخت ، والطيالسى (١/ ٢٨٤) - منحة) رقم (١٤٤٠) وأبو يعلى (٩/ ٤٤ - ٤٥) رقم (٥١٠٨) ، والبهيقى (٦/ ٢٣٠) كتاب الفرائض : باب فرض ابنة الابن مع ابنة الصلب ، والبغوى فى « شرح السنة » (٤/ ٤٥٤ - بتحقيقنا) من طريق هزيل بن شرحبيل قال : سئل أبو موسى عن ابنه وابنة ابن وأخت فقال : للابنة النصف ، وللأخت النصف ، وائت ابن مسعود فسيتابعنى ، فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبى موسى فقال : لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين ، أقضى فيها بما قضى النبى ﷺ : للابنة النصف ، ولابنة الابن السدس ، وما بقى فللأخت ، فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال : لا تسألونى ما دام هذا الحبر فيكم .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وأجمعَ العلماءُ من هذا البابِ على : أن الإخوةَ للأبِ والأمِّ يَحْجُبُونَ الإخوةَ للأبِ عَنِ الميرَاثِ قياساً على بني الأبناءِ مع بني الصُّلْبِ ،، قال أبو عمر بن عبد البر : وقد روي ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن عليّ - رضي الله عنه - قال : «**قَضَى رَسُولُ الله ﷺ أَنَّ أَعْيَانَ بَنِى الأُمِّ يتوارَثُون دُونَ العَلات**» (١١١١) .

وأجمعَ العلماءُ على أنَّ : الأخواتِ للأبِ والأمِّ إذا استَكْمَلْنَ الثُّلُثَيْنِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ للأخوات للأبِ مَعَهُنَّ شَيْءٌ كالحالِ في بناتِ الابنِ مع بناتِ الصُّلْبِ ، وأنه إِنْ كَانَتِ الأُخْتُ للأَبِ والأم واحدة فللأخواتِ للأبِ ما كُنَّ بَقِيَّةَ الثلثين وهو السُّدُسُ.

[اخْتلافُهُمْ إذَا كَانَ مَعَ الأَخَوَاتِ للأَبِ ذَكَرٌ]

واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر : فقال الجمهور : يُعَصِّبُهُنَّ ، ويقتسمون المال للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين ، كالحالِ فِي بناتِ الابنِ مع بناتِ الصُّلْبِ ،، واشترط مالكٌ أن يكون في درجتهن .

وقال ابنُ مسعودٍ : إذا استكمل الأخواتُ الشَّقَائقُ الثلثينِ ، فالباقي للذكورِ من الإخوةِ للأبِ دونَ الإناثِ ؛ وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وخالفه داودُ في هذه المسألة ، مع موافقته له في

(١١١١) أخرجه أحمد (١/ ١٣١) ، والترمذى (٣/ ٤١٦) كتاب الفرائض : باب ميراث الإخوة من الأب والأم ، حديث (٢٠٩٤) ، وابن ماجه (٢/ ٩١٥) كتاب الفرائض : باب ميراث العصبة ، حديث (٢٧٣٩) ، والطيالسى (١/ ٢٨٤ - منحة) رقم (١٤٤١) ، وأبو يعلى (١/ ٢٥٧) رقم (٣٠٠)، والدارقطنى (٤/ ٨٦) كتاب الفرائض ، حديث (٦٤) ، والحاكم (٤/ ٣٣٦) من طريق أبى إسحاق عن الحارث الأعور عن على قال : إنكم تقرءون هذه الآية ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، وإن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات .

وقال الترمذى : وهذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبى اسحاق عن الحارث عن على ، وقد تكلم بعض أهل العلم فى الحارث ، والفعل على هذا الحديث عند عامة أهل العلم .

وقد علق البخارى هذا الحديث فى صحيحه (٥/ ٤٤٣) كتاب الوصايا : باب تأويل قوله تعالى : ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ . فقال : ويذكر أن النبى ﷺ قضى بالدين قبل الوصية .

قال الحافظ فى « الفتح » : هذا طرف من حديث أخرجه أحمد والترمذى وغيرهما من طريق الحارث - وهو الأعور - عن على بن أبى طالب قال : قضى محمد ﷺ أن الدين قبل الوصية ، وأنتم تقرءون الوصية قبل الدين . لفظ أحمد ، وهو إسناد ضعيف ، لكن قال الترمذى : إن العمل عليه عند أهل العلم، وكأن البخارى اعتمد عليه ؛ لاعتضاده بالاتفاق على مقتضاه ، وإلا فلم تجر عادته أن يورد الضعيف فى مقام الاحتجاج به . أ.هـ .

والحديث ذكره السيوطى فى « الدر المنثور » (٢/ ٢٢٣) وعزاه إلى ابن أبى شيبة ، وعبد بن حميد ، والترمذى ، وابن ماجه ، وابن جرير ، وابن المنذر ، وابن أبى حاتم ، والحاكم ، والبيهقى عن على .

مسألة بنات الصُّلْبِ وبني البنين ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَكمِلْنَ الثُّلُثَيْنِ ، فللذكرِ عِنْدَهُ من بني الأبِ مثلُ حظِّ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصلُ للنساء أكثرَ من السدسِ كالحالِ في بنت الصلبِ مع بني الابن ،، وأدلةُ الفريقين في هذه المسألة هي تلك الأدلةُ بأعيانهَا .

[القَوْلُ في الفَرِيضَةَ المُسَمّاة بالْمُشْتَرَكَة]

وأجمعوا على أن الإخوةَ للأبِ يقومون مَقَامَ الإخوةِ للأب والأمِ عند فقدهم ، كالحال في بني البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عَصَّبَهُنَّ ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في البنين ، إلا في موضع واحد ، وهي الفريضة التي تعرف بـ« المشتركة » ، فإن العلماء اختلفوا فيها ؛ وهي امرأة توفيت وتركت زوجَهَا وأمَّهَا وإِخْوَتَهَا لأمِّها وَإِخْوَتَهَا لأبيها وأمِّها ، فكان عُمَرُ ، وعثمانُ، وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصفَ وللأم السدسَ ، وللأخوة للأم الثلث ، فيستغرقون المالَ ، فيبقى الإخوةُ للأب والأم بلا شيء ، فكانوا يُشْرِكُونَ الإخوةَ للأبِ والأم في الثلثِ مع الإخوةِ للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيينِ ،، وبالتشريك قال من فقهاءِ الأمصارِ : مالكٌ ، والشافعيُّ ، والثوريُّ .

وكان عليٌّ - رضي الله عنه - وأبيُّ بنُ كَعْبٍ ، وأبو موسى الأشعريُّ لا يُشْرِكُونَ إخوةَ الأبِ والأم في الثلثِ مع إخوةِ الأم في هذه الفريضةِ ، ولا يوجبون لهم شيئاً فيها،، وقال به من فقهاءِ الأمصارِ : أبو حنيفةَ ، وابنُ أبي ليلى ، وأحمدُ ، وأبو ثورٍ ، وداودُ ، وجماعةٌ ،، وحجة الفريق الأوَّل : أَنَّ الإخوة للأبِ والأمِّ يُشَارِكُونَ الإخوةَ للأمِّ في السَّبَبِ الذي به يَسْتَوْجِبُونَ الإِرْثَ وَهَيَ الأُمُّ ؛ فَوَجَبَ أَلا ينفردوا به دونهم ؛ لأنه إذا اشتركوا في السبب [1] الذي به يورثون ، وجب أن يشتركوا في الميراث .

وَحُجَّةُ الفريقِ الثَّاني : أن الإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ عَصَبَةٌ ، فلا شيء لهم إذا أحاطت فَرَائِضُ ذَوِي السِّهَامِ بالميراثِ .

وَعُمْدَتُهُم باتفاق الجميعِ على أنَّ مَنْ تَرَكَ زوجاً وأما وأخاً واحداً لأم ، وإخوةً شَقَائِقَ عَشْرَةً أو أَكْثَرَ ، أن الأخَ للأمِّ يَسْتَحِقُّ هاهنا السدسَ كاملاً ، والسدسُ الباقي بين الباقين مع أنهم مُشَارِكُونَ له في الأم ،، فسبب الاختلافِ في أَكْثَرِ مَسَائِلِ الفرائضِ : هو تعارضُ المقاييسِ ، واشتراكُ الألفاظِ فيما فيه نَصٌّ .

---

(١) في الأصل : السدس .

[مِيرَاثُ الجَدِّ] (١)

(١) الجد الصحيح هو الذى لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ، وهو أب الأب وإن علا ، وهو حقيقة فى الجد الأدنى ، مجاز فى غيره .

وهذا المبحث خطير جدا ، ومن ثم كان الصحابة يتحاشون الكلام فيه ؛ فقد روى عن على كرم الله وجهه : « من سره أن يقتحم جراثيم جهنم ، فليقض بين الجد والإخوة » .

وعن سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنهما سأل النبى ﷺ عن نصيب الجد فقال ﷺ : « إنى لأظنك تموت قبل أن تعلمه » .

قال سعيد : فمات عمر ولم يعلمه . وروى عن ابن مسعود قال : « سلونا عن عضلكم واتركونا من الجد ، لا حياه الله ولا بياه » .

وقال عمر بن الخطاب : « أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار » .

وروى أنه لما طعنه أبو لؤلؤة وأشرف على الموت قال للناس : احفظوا عنى ثلاثا : لا أقول فى الكلالة شيئا ، ولا أقول فى الجد شيئا ، ولا أستخلف عليكم أحدا .

وهذا التحذير والوعيد وما قيل فى شأنه فى ذلك الوقت إنما هو قبل تدوين المذاهب الأربعة واستقرار الأمر عليها ، وإلا فحكم الجد مع الإخوة والأخوات صار جليا واضحا بعد تدوينها واستقرار الأمر عليها عند كل مجتهد من الأئمة الأربعة ومقلديهم ، ولا صعوبة حينئذ فى الإفتاء .

وأما ما صدر عن الصحابة فكان لاشتباه الأمر فى الجد ؛ لعدم ورود نص صريح فيه .

ولذلك اختلفوا هم ومن بعدهم فى سقوط الإخوة والأخوات بالجد ، فروى عن أبى بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء - رضى الله عن الجميع - أن الجد يسقط الإخوة والأخوات كالأب .

وقال به من التابعين عطاء وطاوس والحسن ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والمزنى وأبو ثور واسحاق وابن شريح وداود رضى الله عنهم .

وخالفهم فى ذلك الجمهور ، ومنهم الخلفاء الثلاثة عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم . وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين رضى الله عنهم .

فقالوا : إن الجد يقاسم الإخوة والأخوات ولا يسقطهم .

وقال به من التابعين شريح والشعبى ومسروق وعبادة السلمانى ، ومن الفقهاء الشافعى ومالك والأوزاعى والثورى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل .

واستدل الجمهور على مذهبهم بوجوه :

أولا : قوله تعالى : ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ﴾ ، والجد والإخوة يدخلون فى عموم الآيتين ؛ فلم يجز أن يخص الجد بالميراث دون الإخوة والأخوات .

ثانيا : أن الأخ عصبة يقاسم أخته ، فلا يسقط بالجد قياسا على الابن ، فإنه يعصب أخته ولا يسقط بالجد .

أما من عدمت فيه العلة فيسقط بالجد كبنى الإخوة ، فإنهم لا يعصبون أختهم ، ولذلك يسقطون بالجد .

فإن قيل : هذا التعليل فاسد ؛ لأن الأخ وإن عصب أخته يسقط بالأب مع أن الأب لا يعصب =

... ...

= أخته ، فكذلك لا يمتنع أن يسقط بالجد الذى لا يعصب أخته .

أجيب بأنهم إنما سقطوا بالأب لإدلائهم به ، والجد عدم فيه هذا المعنى .

ثالثا : أن قوة الأبناء مكتسبة من قوة الآباء ، فلما كان بنو الإخوة لا يسقطون مع بنى الجد ، فكذلك الإخوة لا يسقطون مع الجد .

فإن قيل : هذا الدليل يقتضى أن تكون الإخوة مسقطين للجد كما أن بنى الإخوة يسقطون بنى الجد وهم الأعمام .

أجيب : بأنا أقمنا الدليل على ميراث الإخوة لا على من سقط بالإخوة ، وقد دل الدليل المقام على ميرائهم فصح .

رابعاً : أن كل من لا يحجب الأم إلى ثلث الباقى لا يحجب الإخوة كالعم ، وكل من يحجب الأم إلى ثلث الباقى يحجب الإخوة حرمانا كالأب والجد من النوع الأول ، فلا يحجب الإخوة .

خامساً : أن كل شخصين يدليان إلى الميت بشخص واحد لم يسقط أحدهما بالآخر ، كالإخوين وكابنى الابن ، ولا شك أن الأخ والجد كلاهما يدلى بالأب .

سادسا : أن تعصيب الإخوة كتعصيب الأولاد ؛ لأنهم يعصبون أخواتهم ، وأيضا يحجبون الأم عن أعلى الواجبين مثل الأولاد .

ويفرض النصف للأنثى منهم كالبنت ، والجد فى هذه الأحكام كلها بخلافهم ، فلذلك كانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم .

سابعاً : أن كل شخصين اجتمعا فى درجة واحدة وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم ينفرد بالعصيب دون الرحم كان المنفرد بالتعصيب وحده أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب ، ولا شك أن الجد جامع الأمرين والأخ مختص بأحدهما ، فوجب أن يكون الأخ أقوى ، ومعلوم أنهما فى درجة واحدة ؛ لأنهما يدليان جميعاً بالأب ، فصار الأخ أقوى من الجد بما ذكر .

وأيضاً : فإن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة ، فكان الأخ أقوى .

ووجه آخر : وهو أن من يدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لخص الجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن .

وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعانى كان أقل أحواله أن يشاركه فى ميراثه .

ثامناً : ما روى أن عمر بن الخطاب مات ابنه عاصم وترك أولادا ، ثم مات أحد أولاده فترك جده عمر وإخوته ، فعلم عمر أنه أمر لا بد من النظر فيه بعد أن كان يكره أن يذكر فريضة فى الجد ، فقام فى الناس وقال : هل فيكم من أحد سمع رسول الله ﷺ يقول فى الجد شيئاً ؟ فقام رجل فقال : سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن فريضة الجد فأعطاه السدس ، فقال عمر : مع من كان من الورثة ؟ فقال : لا أدرى . فقال : لا دريت ، ثم قام آخر ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن فريضة الجد فأعطاه الثلث ، فقال عمر : مع من كان من الورثة ؟ فقال : لا أدرى ، قال : لا دريت ، ثم دعا زيد بن ثابت ، فقال له : إنه كان من رأيى ورأى أبى بكر قبلى أن أجعل الجد أولى من الأخ ، فماذا ترى ؟ فقال: يا أمير المؤمنين لا تعجل شجرة أخرج منها غصن ثم خرج من الغصن غصنان ، فبم تجعل الجد أولى من الأخ وهما خرجا من الغصن الذى خرج من الجد » أى : ولا شك أن أحد الغصنين أقرب إلى الآخر منه إلى أصل الشجرة ؛ ألا ترى أنه إذا قطع أحدهما امتص الآخر مما كان يمتصه المقطوع؟ =

... ...

= ثم دعا عمر على بن أبى طالب ، وقال له مثل مقالته لزيد . فقال على : يا أمير المؤمنين لا تعجل؛ واد سال ماءً تشعبت منه شعبة ثم تشعبت من الشعبة شعبتان ، فلو رجع ماء إحدى الشعبتين دخل في الشعبتين جميعا ، فبم تجعل الجد أولى من الأخ ؟ .

فقال عمر : لولا رأيكما أجمع ما رأيت أن يكون ابنى ولا أن أكون أباه . قال الشعبى : فجعل الجد أخا مع الأخوين ومع الأخ والأخت ، فإذا كثروا ترك مقاسمتهم وأخذ الثلث . وكان عمر رضى الله عنه أول جد ورث فى الإسلام مع الإخوة .

واستدل المخالفون على مذهبهم بوجوه :

الأول : قال الله تعالى : ﴿ واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحق ﴾ .

وقال أيضاً : ﴿ ملة أبيكم إبرهيم ﴾ .

وقال تعالى : ﴿ أنتم وآباؤكم الأقدمون ﴾ .

وقال أيضاً : ﴿ وكان أبوهما صالحا ﴾ ، ويقال : إنه كان سابع جدٍّ ، فسماه الله أبا فى هذه المواضع ، وإذا كان اسم الأب يطلق على الجد وجب أن يكون فى الحكم كالأب .

وقد سمى الله ابن الابن « ابنا » كما فى قوله تعالى : ﴿ يا بنى إسرائيل ﴾ وقول النبى ﷺ : «ارموا بنى إسماعيل فإن أباكم كان راميا » .

والأبوة والبنوة من الأمور المتضايقة يمتنع ثبوت أحدهما بدون الآخر ، فيمتنع ثبوت البنوة لابن الابن إلا مع ثبوت الأبوة لأب الأب .

وأجيب عن هذا : بأن الله تعالى أطلق اسم الأب على الجد توسعا من باب المجاز دون الحقيقة ؛ ألا ترى أن تسميته بالجد أظهر من تسميته بالأب ، ولو قال قائل : هذا جد وليس بأب ، لم يكن مخطئاً .

ومعلوم أن الأحكام إنما تتعلق بالحقائق دون المجازات كما تسمى الجدة أماً ولا تجرى عليها أحكام الأم .

الثانى : قالوا : إن للميت طرفين أعلى وأدنى . فالأعلى الأب ومن علا ، والأدنى الابن من سفل، فلما كان ابن الابن كالإبن فى حجب الإخوة وجب أن يكون أب الأب كالأب فى حجب الإخوة بطريق القياس .

والجواب عنه : أن ابن الابن لما كان كالابن فى حجب الأم كان كالابن فى حجب الإخوة ، ولما كان الجد مخالفا للأب فى حجب الأم إلى ثلث الباقى كان مخالفا للأب فى حجب الإخوة .

الثالث : أن الجد عصبة لا يعقل فوجب أن يسقط العصبة التى تعقل كالابن .

ويجاب عن هذا : بأن استحقاق العقل دل على قوة التعصيب ، فلم يجز أن يجعل دليلا على ضعفه ؛ ألا ترى أن أقرب العصبات أتم بتحمل العقل من الأباعد لقوة تعصيبهم وضعف الأباعد ، وليس خروج الآباء والأبناء عن العقل عنه لمعنى يعود إلى التعصيب حتى يجعل دليلا على القوة - كما لا يجوز أن يجعل دليلا على الضعف .

وإنما أسقط الابن الإخوة المدلين بالأب لما له من القوة .

الرابع : أن الجد يدلى بالابن ، والأخ يدلى بالأب ، والابن أقوى من الأب فكان الأدلاء بالابن أقوى من الإدلاء بالأب .

والجواب عنه : أن إدلاء الأخ بالبنوة للميت وإدلاء الجد بالأبوة ، فكان إدلاء الأخ أقوى . =

... ...

الخامس : قالوا : إن للجد ولاية يستحقها لقوته فى نكاح الصغيرة وعلى مالها ، ويضعف الأخ عن ذلك .

ويجاب عن هذا : أن ذلك ليس من دلائل القوة فى الميراث ؛ ألا ترى أن الابن لا يلى ولا يزوج، وهو أقوى من الأب ، وإن ولى وزوج .

السادس : أن الأخ لو قاسم الجد لوجب أن يقتسما فى كل فريضة ورث فيها ، كما يقاسم الأخ أخاه فى كل فريضة ورث فيها أخ ، فلما لم يقاسم الجد فى كل المواضع لايقاسمه فى بعضها .

وأجيب عنه : بأن كل موضع ورث الجد فيه بالتعصيب الذى شاركه الأخ فيه، فإنه يشاركه فى ميراثه ؛ لاستوائهما في سببه ، وإنما لا يشاركه فى الموضع الذى يرث الجد فيه بالرحم ؛ لأنه ليس للأخ رحم يساويه فيها .

السابع : قالوا : إن الجد فى مقاسمة الإخوة لا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يكون كالأخ الشقيق، أو كالأخ لأب ، أو أقوى منهما ، ولا يجوز أن يكون أضعف منهما ؛ لأنه لا يسقط بهم ، فلو كان كالأخ للأب والأم لم يرث معه الأخ للأب ، ولو كان كالأخ للأب لما ورث مع الشقيق . وإذا امتنع بما ذكر أن يكون كأحدهما تعين أنه أقوى منهما .

والجواب عنه : أن الجد والإخوة يشتركان فى الأولاد بالأب فلم يضعف عنه الأخ للأب بعدم الأم لمساواته فيما أدلى به كما لم يقو عليه الأخ الشقيق بأمه ؛ لعدم اعتبار الأم فى الإدلاء ، وليس كذلك حال الإخوة بعضهم مع بعض ؛ لأنهم يدلون بكل واحد من الأبوين ؛ فكان من جمعهما أقوى ممن انفرد بأحدهما .

إذا علمت ما تقدم فمذهب المخالفين ظاهر .

وأما مذهب الجمهور فحاصله : أن للجد مع الإخوة والأخوات حالتين :

الأولى : إذا لم يكن معهم صاحب فرض فللجد خير الأمرين من مقاسمة الإخوة ذكوراً أو أناثاً أو مختلطين ، فيكون معهم كواحد منهم حتى أنه يعصب إناثهم الخلص ، فيأخذ مثلى الأنثى ، أو يكون له ثلث التركة والباقى لهم .

أما وجه المقاسمة ؛ فلأنها الأصل فى جعلهم فى درجة واحدة .

وأما وجه عطائه الثلث إذا كان خيراً له ؛ فلأن الأم والجد إذا اجتمعا وليس معهما أحد فللجد ضعف مالها .

ولا ينقص الإخوة الأم عن السدس فلا ينقصون الجد عن ضعفه ، وأيضا فلأن الإخوة لغير أم لا ينقصون الإخوة للأم عن الثلث ، فبالأولى الجد لأنه يحجبهم .

وضابط معرفة الأحظ له : أنه متى كان الإخوة والأخوات أقل من مثليه باعتبار الأنثيين واحدا فالمقاسمة خير له .

وأما إذا كان الإخوة والأخوات أكثر من مثليه فالثلث أحظ له .

وتستوى للجد المقاسمة وثلث جميع المال فيما إذا كان الإخوة والأخوات مثليه .

الثانية : أن يكون معهم صاحب فرض ، فإن بقى بعد الفرض أكثر من السدس ، فللجد الأحظ من أمور ثلاثة :

« أ » سدس جميع المال .　　=

... ...

= « ب » ثلث الباقى .

« جـ » المقاسمة .

أما وجه الأول ؛ فلأن الأولاد لا ينقصونه عنه ، فالإخوة أولى .

وأما وجه الثانى : فالقياس على الأم فى الغراوين ؛ لأن الكل منهما ولادة .

ووجه الثالث : أنه كالأخ .

فإن لم يسبق أكثر من السدس والحالة هذه ، فلا يخلو من أحوال ثلاثة :

إما أن تستغرق الفروض التركة ، أو يبقى بعدها السدس فقط ، أو أقل منه .

فإن استغرقت ولا تتصور إلا والمسألة عائلة : كزوج وبنتين وأم وجد وأخ . فللزوج الربع ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس ، وأصلها من اثنى عشر ، وعالت إلى ثلاثة عشر ، فاستغرقت الفروض قبل اعتبار الجد ، وهنا يفرض للجد السدس ويزاد فى العول إلى خمسة عشر .

ويسقط الأخ ؛ لأنه عصبة لم يسبق له شئ .

وإن بقى السدس بعد الفروض ، فيدفع السدس للجد فرضا لا عصوبة ، وإلا لشاركه الإخوة فيه فيأخذ أقل من السدس ، وهو ممتنع كزوج ، وأم ، وجد ، وأخ .

فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس .

والمسألة من ستة ولا شئ للأخ ؛ لأنه عصبة لم يبق له من التركة شئ ، أما إذا بقى بعد الفروض أقل من السدس ، فيعال للجد بتمام السدس كبنتين ، وزوج ، وجد ، وأخ .

فللبنتين الثلثان ، وللزوج الربع ، والمسألة من اثنى عشر ومجموعها أحد عشر ، فيبقى واحد وهو نصف السدس . فيعال للجد بتمام السدس إلى ثلاثة عشر ، ويسقط الأخ فى هذه الصورة ؛ لأنه عصبة لم يسبق له شئ .

وفى هذه الأحوال الثلاثة لو كان موضع الأخ إخوة اثنان فأكثر ، أو أخوات ، أو إخوة وأخوات كذلك ، لسقطوا كلهم وكذا لو كان بدله أخت لسقطت إلا فى الأكدرية .

وصورتها :

أخت شقيقة أو لأب ، وزوج ، وأم ، وجد .

فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وأصلها من ستة ، للزوج ثلاثة ، وللأم اثنان يبقى واحد وهو قدر السدس ، فيأخذه الجد ، فكان مقتضى ما سبق أن تسقط الأخت كما هو مذهب الحنفية .

ولكن مذهبنا ومذهب المالكية والحنابلة وزيد بن ثابت رضى الله عنهم : أن يفرض لها النصف ، وهو ثلاثة من ستة ، فتعول إلى تسعة ، ثم يضم حصة الجد إلى حصة الأخت ويقتسمان ؛ لأنها لو استقلت بما فرض لها لزادت على الجد فترد بعد الفرض إلى التعصيب بالجد ، لكن المسألة لا تنقسم أثلاثاً فنضرب ثلاثة فى تسعة وهى المسألة بعولها تبلغ سبعة وعشرين : للزوج تسعة وللأم ستة ، وللجد مع الأخت الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فله ثمانية ، ولها أربعة .

ينظر : « الفرائض » للشيخ وهبه إبراهيم المسلمى .

وأجمع العلماءُ على أن الأبَ يَحْجُبُ الجدَّ ، وأنه يقوم مَقَامَ الأبِ عند عدم الأبِ مع البنين ، وأنه عاصبٌ مع ذوي الفرائض .

[اختلافهم : هَلْ يَحْجُبُ الْجَدُّ الإِخْوَةَ الشَّقَائقَ ، أَوْ للأب ؟]

واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الإخوة الشقائقَ ، أو حجب الإخوة للأب ؟
فذهب ابنُ عباس ، وأبو بكرٍ - رضي الله عنهما - وجماعةٌ إلى أنه يَحْجُبُهُمْ ؛ وَبِه قال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ ، وَالْمُزَنِيُّ ، وابنُ سُرَيْجٍ من أصحاب الشافعي ، وداودُ ، وجماعةٌ
واتفق عليُّ بنُ أبي طالبٍ - رضي الله عنه - وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وابنُ مسعودٍ على توريثِ الإخوةِ مع الجدِّ ، إلا أنهم اختلفوا في كَيْفِيَّةِ ذلك على ما أقوله بَعْدُ .

[عُمْدَةُ مَنْ جعلَ الجدَّ بمنزلة الأب]

وعمدةُ من جعل الجد بمنزلة الأب : اتِّفَاقُهُمَا في المعنَى ، أَعني : من قِبَلِ أنَّ كليهما أبٌ للميتِ ، ومن اتفاقهما في كثيرٍ من الأحكامِ التي أجمعوا على اتفاقهما فيها ، حتى إنه قد رُوِيَ عن ابنِ عباسٍ - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَالَ : أَمَا يَتَّقِي اللهَ زَيْدُ بْنُ ثَابت ؛ يَجْعَلُ ابنَ الابنِ ابناً ، ولاَ يَجْعَلُ أَبَ الأبِ أباً ؟! وقد أجمعوا على أنه مثله في أحكام أُخَرَ سوى الفروضِ ، منها : أن شهادتَهُ لحفيده كشهادة الأب ، وأن الجدَّ يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يُقْتَصُّ لَهُ من جد [1] ، كما لا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْ أب .

[عُمْدَةُ مَنْ وَرَّثَ الأخَ مَعَ الجَدِّ]

وعمدة من ورث الأخ مع الجد : أن الأخَ أقربُ إلى الميتِ من الجدِّ ؛ لأن الجدَّ أبو أبي الميت ، والأخَ ابنُ أبي الميت ، والابن أقربُ من الأب ، ، وأيضاً فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يُقَدَّمُ على العَمِّ ، وهو يُدْلِي بالأب ، والعم يدلي بالجد ، ، فسبب الخلاف : تعارضُ القياسِ في هذا البابِ .

[أَيُّ الرأيين أَرْجَحُ ؟]

فإن قيل : فأيُّ القياسين أَرْجَحُ بِحَسَبِ النظرِ الشَّرْعِيِّ ؟ قلنا : قياسُ مَنْ ساوى بين الأب والجد ؛ فإن الجد أبٌ في المرتبة الثانية أو الثالثة، كما أن ابنَ الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة . وإذا لم يَحْجُب الابنُ الجدَّ وهو يَحْجُبُ الإخوةَ ، فالجَدُّ يَجِبُ أَنْ يَحْجُبَ مَنْ يَحْجُبُ الابنُ ، والأخُ ليس بأصلٍ للميت ولا فرعٍ ، وإنما هو مُشَارِكٌ لَهُ في الأَصْلِ، والأَصْلُ أَحَقُّ بالشيء من الْمُشَارِكِ لَهُ في الأَصلِ ، والْجَدُّ ليس هو أصلاً للميت من قِبَلِ الأبِ ، بل هو أصلُ أَصلِه ، والأخُ يَرِثُ مِنْ قِبَلِ أنه فرعُ الأصلِ الميت ، ، فالذي هو أصلٌ

---

(١) فى الأصل : جده .

لأصله أولى من الذي هو فرعٌ لأصله ؛ ولذلك لا معنى لقولِ مَنْ قَالَ : إن الأخَ يدلي بالبُنُوَّةَ وَالأُبُوَّةِ ، والجدَّ يدلي بالأُبُوَّةَ ؛ فَإِنَّ الأخَ ليس ابناً للميت وإنما هو ابنُ أبيه ، والجدَّ أبو الميت ، والبنوةُ إنما هي أقوى في الميراث من الأبوة في الشخصِ الواحدِ بعينه أعني : المُورِّثَ ، ، وأما البنوةُ التي تكونَ لأبِ مَوْرُوثٍ ، فليس يَلْزَمُ أَنْ تكونَ في حقِّ الموروثِ أقوى من الأبوةِ التي تكونُ لأبِ الموروث ؛ لأن الأبوةَ التي لأب الموروثِ هي أبوةٌ ما للموروثِ ، أعني : بعيدةً ، وليس البنوةُ التي لأبِ الموروث بنوةَ ما للموروث لا قريبةً ولا بعيدةً ، ، فمن قال : الأخُ أحقُّ مِنَ الجدِّ ؛ لأن الأخَ يدلي بالشيءِ الذي من قبَله ، كان الميراثُ بالبنوة وهو الأبُ ، والجدُّ يدلي بالأُبُوَّة هُوَ قَوْلٌ غَالطٌ مُخَيَّلٌ؛ لأن الجدَ أب ما ، وليس الأخ ابناً ما ، ، وبالجملة : الأخُ لاحِقٌ من لواحقِ الميتِ ، وكأنه أمرٌ عَارضٌ ، والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشيء من لاحقه .

[كَيْفِيَّةُ تَوْرِيثِ الجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ لمَنْ قَالَ به ، وَمَذْهَبُ زَيْدٍ – رضي الله عنه – في ذلكَ]

واختلف الذين وَرَّثُوا الجد مع الإخوة في كيفية ذلك : فتحصيلُ مذهبِ زيدٍ في ذلك أنه لا يخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مُسَمّى ، أو لا يكون، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطي الأفضلَ له من اثنين ، إما ثُلُث المال ، وإما أن يكون كواحدٍ من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكراناً أو إناثاً أو الأمرين جميعاً ، فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المالَ ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة يأخذ الثُّلُثَ ، وهو مع الأختِ الواحدةِ إلى الأربعِ يُقَاسمُهُنَّ للذكر مِثْلُ حَظِّ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلثُ ؛ لأنه أفضلُ له من المُقَاسَمَةِ ، فهذه هي حالُهُ مع الإخوة فقط دون غيرهم . وأما إن كان معهم ذو فرض مسمى، فإنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم . فما بقي أعطى الأفضل له من ثلاثٍ : إما ثلث ما بقي بعد حُظُوظِ ذوي الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مِثْلُ حظِّ الأنثيين ، إلا في الأَكْدَرِيَّةِ على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهبِ العلماء .

[مَذْهَبُ عليٍّ – رضي الله عنه – في ذلك]

وأما عليٌّ رضي الله عنه : فكان يعطي الجد الأحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواءٌ كان مع الجد والإخوة غَيْرُهُمْ من ذوي الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم يُنْقِصْهُ من السدس شيئاً ؛ لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئاً ، كان أحرى ألا ينقصه الإخوة.

[عُمْدَةُ قَوْلِ زَيْد ، وَمنْ قَالَ بقَوْله ، وَمَنْ قَالَ بقَوْل عَلىٍّ]

وعمدة قولِ زَيْد : أنه لما كانَ يَحْجُبُ الإخوَةَ للأمِّ ، فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث ،، وبقول زيد قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، والثوريُّ ، وجماعةٌ ،، وبقول عليّ - رضي الله عنه - قال أبو حنيفةَ .

[الفَرِيضَةُ الأَكْدَرِيَّةُ]

وأما الفريضة التي تعرف بـ« الأكدرية » : وهي امرأة تُوُفِّيَتْ ، وتركت زوجاً وأما [١] وأختاً شقيقةً وجداً ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عُمَرُ - رضي الله عنه - وابنُ مسعودٍ يعطيان [٢] للزوج النصفَ ، وللأمِّ السدسَ ، وللأختِ النصفَ ، وللجدِّ السدسَ، وذلك على جهة العول [٣] ،، وكان عليّ بنُ أبي طالب - رضي الله عنه - وزيدٌ يقولان: للزوج النصفُ ، وللأمِّ الثلثُ ، وللأختِ النصفُ ، وللجدِّ السدسُ فريضةً ، إلا أن زيداً يجمع سهمَ الأختِ والجدِّ ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مِثْلُ حظ الأنثيين ،، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ،، وبقول زيد قال مالكٌ ،، وقيل : إنما سميت « الأكدرية » لِتَكَدُّرِ قَوْلِ زَيْدٍ فيها .

[العَوْلُ ، وَمَنْ قَالَ به]

وهذا كُلُّهُ على مذهب من يرى العَوْلَ ، وبالعَوْلِ قال جمهور الصحابة ، وفقهاء الأمصار.

[رَأيُ ابنِ عَبَّاسٍ في مَنْعِهِ العَوْلَ] [٤]

---

(١) فى الأصل : وأخاً .　　(٢) فى الأصل : يقولان .　　(٣) فى الأصل : العدل .

(٤) وهو زيادة السهام ونقص الأنصباء ، ويدخل على ثلاثة من الأصول السبعة متى ضاق الأصل عن الفروض ، وهى : الستة والاثنا عشر ، والأربعة والعشرون ، فتعول الستة بسدسها إلى سبعة ، كزوج وشقيقتين ، فللزوج ثلاثة ولهما أربعة ، وتعول إلى ثمانية (بثلثها) كما إذا زاد على المسألة السابقة أخ لأم ، فإنه يأخذ واحدا ويكون المجموع ثمانية وتعول أيضا بنصفها إلى تسعة ، كما إذا كان بدل الأخ لأم أخوان لأم ، فإنهما يأخذان الثلث وهو اثنان ، فيكون المجموع تسعة ، وتعول بثلثيها إلى عشرة ، كما إذا زيدت أم فى المسألة السابقة ، فإنها تأخذ واحداً ، ويكون المجموع عشرة .

وتسمى بـ « المسألة الشريحية » نسبة إلى القاضى شريح .

وأما الاثنا عشر فتعول إلى ثلاثة عشر ، كزوجة ، وأختين شقيقتين ، وأخت لأم .

وإلى خمسة عشر ، كما إذا كان بدل الأخت لأم أختان لأم ، أو أخوان لأم .

وإلى سبعة عشر كثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات لأم ، وثمان شقيقات . وتسمى هذه المسألة « أم الأرامل » .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

إلا ابن عَبَّاس ، فإنه رُوِيَ عنه أنه قال : أول من أعال الفرائض عمرُ بنُ الخطاب . وايمُ اللهِ لو قَدَّمَ من قَدَّمَ اللهُ ، وأَخَّرَ من أَخَّرَ اللهُ ما عالت فريضة ،، قيل له : وأَيُّهَا قدم الله ، وأَيُّها أَخَّرَ اللهُ ؟ قال : كل فريضة لم يُهْبِطْهَا اللهُ - عَزَّ وَجَلَّ - عن مُوجَبِهَا إلا إلى فريضة أخرى ، فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فَرْضِهَا لم يكن لها إلاما بقي ، فتلك التي أخر الله ، فالأول مِثْلُ الزوجةِ والأمِّ ، والمتأخر مِثْلُ الأخواتِ والبناتِ ،، قال : فإذا اجتمع الصِّنْفَانِ بديء من قدم الله ، فإن بقي شيء فلمن أخر الله، وإلا فلا شيء له ،، قيل له : فهلا قلت هذا القولَ لِعُمَرَ ؟ قال : هِبْتُهُ .

وَذَهَبَ زَيْدٌ إِلَى : أنه إذا كان مع الجدِّ والإخوة الشقائقِ إخوةٌ لأبٍ ، أن الإخوةَ الشقائقَ يعادون الجدَّ بالإخوة للأب ، فيمنعونه بهم كَثْرَةَ الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق شيئاً إلا أن يكون الشقائق أختاً واحدة ، فإنها تعادي الجد بإخوتها للأب ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها وهي النصفُ ، وإن كان فيما يُحَازُ لها ولإخوتها لأبيها فَضْلٌ عن نصف رأسِ المالِ كُلِّهِ ، فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين ، فإن لم يَفْضُلْ شيءٌ على النصف ، فلا ميراثَ لهم .

فأما عليٌّ - رضي الله عنه - : فكان لا يلتفت هنا للإخوة للأب ؛ للإجماع على أن الإخوةَ الشقائقَ يحجبونهم ، ولأن هذا الفعلَ أيضاً مخالفٌ للأصولِ ، أعني : أن يحتسب بمن لا يرث .

[اخْتِلافُ الفقهاءِ في الفَرِيضَةِ التي تُدْعَى الخَرْقَاءَ]

اختلف الصحابة - رضي الله عنهم - من هذا الباب في الفريضة التي تدعى «الخرقاء»[1]**، وهي أُمٌّ ، وأخت ، وجدٌّ على خمسة أقوالٍ** : فذهب أبو بكر - رضي الله عنه - وابنُ عباسٍ إلى أن

---

(١) الجد مع الأخوات كالأخ ، فتصير الأخت معه عصبة بالغير ، فله مثل حظ الأنثيين ، لكن بالنسبة للأم إذا انضم معه أخت ، فلا ينقصها من الثلث إلى السدس كالأخ إذا انضم إلى الأخت بل تأخذ الثلث كاملا .

مثال ذلك : أم . وجد . وأخت .

فللأم الثلث ، والباقى بين الأخت والجد أثلاثا ، له مثلا ما لها ، فأصلها ثلاثة ، وتصح من تسعة. للأم ثلاثة ، وللجد أربعة ، وللأخت اثنان .

هذا مذهب زيد بن ثابت والأئمة الثلاثة رضى الله عنهم فى هذه المسألة .

ومذهب أبى بكر وأبى حنيفة رضى عنهما ، أن للأم الثلث ، والباقى للجد ، ولا شئ للأخت .

وتسمى هذه المسألة ب« الخرقاء » ؛ لأن الأقوال خرقتها أى وسعتها بكثرة الكلام فيها .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

للأم الثلثَ ، والباقي للجدِّ ، وحجبوا به الأختَ ، وهذا على رأيهم في إقامة الجدِّ مقَامَ الأبِ ،، وذهب عليٌّ - رضي الله عنه - إلى أن للأمِّ الثلثَ ، وللأخت النصفَ ، وما بقي للجدِّ ،، وذهب عثمانُ إلى أن للأمِ الثلثَ ، وللأختِ الثلثَ ، وللجدِّ الثُّلُثَ ،، وذهب ابن مسعود إلى أنَّ للأختِ النصفَ ، وللجدِّ الثلثَ ، وللأمِّ السدسَ ، وكان يقول: مَعَاذَ الله أن أُفَضِّلَ أمّاً عَلَى جَدٍّ ،، وذهب زيدٌ إلى أن للأم الثلثَ وما بقي بين الجد والأخت ، للذكرِ مثلُ حظِّ الأنثيين .

[ميراث الجدات]

وأجمعوا على أن للجدة أُمِّ الأمِّ السدسَ مع عَدَمِ الأمِّ ، وأن للجدَّة أيضاً أمِّ الأبِ عند فقد الأبِ السدس ، فإن اجتمعا كان السدسُ فيما بينهما، واختلفوا فيما سوى ذلك .

[إِذَا اجْتَمَعَت الْجَدَّتَان]

فَذَهَبَ زَيْدٌ وأهلُ « المدينة » إلى : أن الجدَةَ أمَّ الأمِّ يُفْرَضُ لها السُّدُسُ فريضةً ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدسُ بينهما إذا كان قعدهما سواءً ، أو كانت أمُّ الأبِ أَقْعَدَ ، فإن كانت أُمُّ الأمِّ أَقْعَدَ ، أي : أَقْرَبَ إلى الميت كان لها السُّدُسُ ، ولم يكن للجدة أمِّ الأبِ شيءٌ ، وقد رُوِيَ عنه : أَيُّهُمَا أَقْعَدُ كان لها السدسُ ؛ وبه قال عليٌّ - رضي الله عنه - ، ومن فقهاء الأمصارِ : أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وهؤلاءِ ليس يُوَرِّثُون إلا هاتين الجدتين المُجْتَمَعِ على توريثهما .

[كَمْ مِنَ الجَدَّاتِ يَرِثُ] ؟

وكان الأوزاعيُّ وأحمدُ يورثان ثلاثَ جدات : واحدةً من قبَلِ الأمِّ ، واثنتان من قبَلِ الأبِ وأمِّ أبى الأبِ ، أعنى : الجدَّ ،، وكان ابنُ مسعود يُوَرِّثُ أربعَ جدات : أُمَّ الأمِّ ، وأمَّ الأبِ ، وأُمَّ أبى الأبِ ، أعنى : الجدَّ ، وأمَّ أبى الأمِّ ، أعنى : الجدَّ ، وبه قال الحسن وابن سيرين . وكَان ابنُ مسعودٍ يُشْرِكُ بين الجدات فى السدسِ دُنْيَاهُنَّ وَقُصوَاهُنَّ مَا لم تكن تحجبها بِنْتُهَا أو بِنتُ بِنْتِهَا ، وقد روى عنه أنه كان يُسْقِطُ القُصْوَى بالدُّنْيَا إذا كانتا من جِهَةٍ واحدةٍ . ورروي عن ابن عباس أن الجدَّة كالأمِّ إذا لم تكن أماً ؛ وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس .

[تَوْرِيثُ أَبِي بَكْر - رَضْيَ اللهُ عَنْهُ - الجَدَّتَيْن]

فعمدةُ زيْد وأهل « المدينة » والشَّافعيِّ ، ومن قال بمذهب زيد : ما رواه مالك أنه قال : «جاءَتِ الجَدَّةُ إِلَى أَبِى بَكْرٍ - رضى الله عنه - تَسْأَلُهُ عَنْ ميراثهَا ،، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مَالَكِ فِى كِتَابِ اللهِ - عَزَّ وجَلَّ - شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِى سُنَّةِ رَسُولِ الله ﷺ شَيْئاً ،

فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ ، فسأل الناس ،، فَقَالَ لَهُ المُغِيرَةُ بنُ شُعْبَةَ : حَضَرْتُ رَسُولَ الله ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ ،، فَقَالَ أبو بَكْرٍ : هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ ؟ فَقَالَ : مُحَمَّدُ بنُ مُسْلَمَةَ ،، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ المُغِيرَةُ (١) ،، فَأَنْفَذَهُ أَبُو بَكْرٍ لَهَا ،، ثُمَّ جَاءَتِ الجَدَّةُ الأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بنِ الخطابِ تَسْأَلُهُ ميراثَهَا ، فَقَالَ لَهَا : مَالكِ فِي كِتَابِ الله - عَزَّ وجَلَّ - شَيْءٌ ، وَمَا كَانَ القَضَاءُ الذى قضى به إلا لغَيْرِك ، وَمَا أَنَا بزائد فى الفَرَائِضِ ، وَلَكِنَّهُ ذَلكَ السُّدُسُ ، فَإِن اجتَمَعْتُمَا فيه فَهُوَ لَكُمَا ، وأَيَّتُكُمَا انفردَتْ به فَهُوَ لَهَا » ،، وَرَوَى مَالكٌ أيضاً : « **أَنَّهُ أَتَت الجَدَّتَان إِلَى أَبِي بَكْرٍ ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ السُّدُسَ للَّتِي منْ قبَلِ الأُمِّ ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَمَا إنَّك تَتْرُكُ الَّتِى لَوْ مَاتَتْ وَهُوَ حيٌّ كَانَ إيَّاها يَرِثُ ،، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا** » (١١١٢) ،، قالوا : فواجب ألا يتعدى في هذا هذه السنة ، وإجماع الصحابة .

[عُمْدَةُ مَنْ وَرَّثَ الثَّلاثَ الجَدَّاتَ]

وَأَمَّا عمدةُ مَنْ وَرَّثَ الثلاثَ جدات : فَحَدِيثُ ابن عُيَيْنَةَ عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ ؛ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلاثَ جَدَّاتٍ : اثنتين مِنْ قِبَلِ الأبِ ، وواحدةً من قِبَلِ

---

(١) فى الأصل : شعبة .

(١١١٢) أخرجه مالك (٢/٥١٣) كتاب الفرائض : باب ميراث الجدة ، حديث (٤) ، وأحمد (٤/ ٢٢٥) ، وأبو داود (٣/ ٣١٦) كتاب الفرائض : باب فى الجدة ، حديث (٢٨٩٤) ، والترمذى (٤/ ٤٢٠) كتاب الفرائض : باب ميراث الجدة ، حديث (٢١٠١) ، وابن ماجه (٢/ ٩٠٩) كتاب الفرائض : باب ميراث الجدة ، حديث (٢٧٢٤) ، وعبد الرزاق (١٩٠٨٣) ، وابن الجارود رقم (٩٥٩)، وأبو يعلى (١/ ١١٠) رقم (١١٩ ، ١٢٠) ، وابن حبان (١٢٢٤ - موارد) ، والدارقطنى (٤/ ٩٤) كتاب الفرائض ، والحاكم (٤/ ٣٣٨) كتاب الفرائض : باب قضاء أبى بكر فى الجدة ، والبيهقى (٦/ ٢٣٤) كتاب الفرائض : باب فرض الجدة والجدتين ، كلهم من طريق قبيصة بن ذؤيب به .

وقال الترمذى : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبى .

وصححه ابن حبان .

وفيه نظر ، فإن قبيصة بن ذؤيب لم يدرك أبا بكر .

قال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص - ٢٥٤) : قبيصة بن ذؤيب ولد عام الفتح على الأصح ، وقيل : أول سنة من الهجرة وفى « التهذيب » أن روايته عن أبى بكر وعمر رضى الله عنه مرسلة .

والحديث ذكره الحافظ فى « التلخيص » (٣/ ٨٢) وقال : وإسناده صحيح لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق ، ولا يمكن شهوده للقصة .

وقال ابن الملقن فى « خلاصة البدر المنير » (٢/ ١٣٢) : وقال ابن حزم فى محلاه : لا يصح لأنه منقطع ؛ لأن قبيصة لم يدرك أبا بكر ولا سمعه من المغيرة ولا محمد ، وتبعه عبد الحق وابن القطان .

الأمِّ » (١١١٣)،، وأما ابنُ مسعودٍ فَعُمْدَتُهُ : القياسُ في تشبيهها بالجدةِ للأبِ ، لَكِنَّ الحديثَ يُعَارِضُهُ.

[هَلْ يَحْجُبُ الْجَدَّةَ لأَب ابْنُهَا ؟]

واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأبُ ؟ فذهب زيدٌ إلى أنه يَحْجُبُ ؛ وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وداود ،، وقال آخرون : ترث الجدةُ مع ابنها؛ وهو مَرْوِيٌّ عن ابن عُمَرَ ، وابن مسعود ، وجماعةٍ من الصحابة ، وبه قال شُرَيحٌ، وعطاء ، وابن سيرين ، وأحمد ؛ وهو قول الفقهاء المصريين .

وَعُمدةُ مَنْ حَجَبَ الجَدَّةَ بابنها : أنَّ الجدَّ لما كان محجوباً بالأب ، وجب أن تكون الجدةُ أولى بذلك ، وأيضاً فلما كانت أُمُّ الأُمِّ لا ترث بإجماعٍ مع الأُمِّ شيئاً ، كان كذلك أمُّ الأبِ مع الأبِ .

وعمدة الفريق الثاني : ما روي الشعبي عن مَسْرُوق عن عَبْدِ الله قال : « **أَوَّلُ جَدَّة أعطاها رسول الله ﷺ سُدُساً جَدَّةٌ مع ابنِهَا ، وَابْنُهَا حَيٌّ** » (١١١٤) ،، قَالُوا : وَمِنْ طريق النظرِ

(١١١٣) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٩١) كتاب الفرائض ، حديث (٧٦) من طريق ابن وهب عن حماد وسفيان بن عيينة عن إبراهيم به .

وأخرجه البيهقى (٦/ ٢٣٦) من طريق يزيد بن هارون قال : ثنا شعبة وسفيان وشريك عن منصور عن إبراهيم قال : أطعم رسول الله ﷺ ثلاث جدات سدساً ، قلت لإبراهيم : ما هن ؟ قال : جدتاك من قبل أبيك وجدة أمك .

قال البيهقى : هذا مرسل ، وقد روى عن خارجة بن مصعب عن منصور عن إبراهيم عن عبد الرحمن ابن يزيد عن النبى ﷺ ، وهو أيضاً مرسل .

وله طريق آخر مرسل :

أخرجه البيهقى (٦/ ٢٢٦) من طريق وكيع عن الفضل بن دلهم عن الحسن مرسلاً .

(١١١٤) أخرجه البيهقى (٦/ ٢٢٦) كتاب الفرائض ، من طريق يزيد بن هارون عن محمد بن سالم عن الشعبى عن مسروق عن عبد الله به .

قال البيهقى : تفرد به محمد بن سالم ، وروى عن يونس عن ابن سيرين قال : أنبئت عن أشعث ابن سوار عن عبد الله وعن أشعث بن عبد الملك عن الحسن ، وابن سيرين عن النبى ﷺ ، وحديث يونس وأشعث منقطع ، ومحمد بن سالم غير محتج به .

وإنما الرواية الصحيحة فيه عن عمر وعبد الله وعمران بن حصين ، ثم أسند عن جميعهم أنهم ورثوا جدة مع ابنها . أ.هـ .

وتعقبه ابن التركمانى فى « الجوهر النقى » بأن أثر عمر من طريق ابن المسيب عنه ، وابن المسيب لم يسمع من عمر ، فكيف يدعى أن الرواية صحيحة ؟ .

لما كانت الأمُّ وأم الأم لا يحجبن بالذكور ، كان كذلك حكم جميع الجدات .

[مَا خَالَفَ فيه مالكٌ زَيْداً في الفَرَائضِ]

وينبغي أن يُعْلَمَ أنَّ مالكاً لا يخالِفُ زيداً إلا في فَرِيضَةٍ واحدة ؛ وهي امرأةٌ هَلَكَتْ وتركت زوجاً وأماً وإخوة لأم وإخوة لأب وأماً وجداً ؛ فقال مالكٌ : للزوج النصفُ ، وللأم السدسُ ، وللجد ما بقي وهو الثلثُ ، وليس للإخوة الشقائقِ شَيْءٌ ، ، وقال زَيْدٌ : للزوج النصفُ ، وللأمِّ السدسُ ، وللجدِّ السدسُ ، وما بقي للإخوةِ الشقائقِ ، ، فخالف مالكٌ في هذه المسألةِ أَصْلَهُ من أن الجد لا يَحْجُبُ الإخوةَ الشقائق ، ولا الأخواتِ (١) للأبِ ، ، وحجته : أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به ، ، وأما زيدٌ فعلى أصلِه في أنه لا يحجبهم .

* * *

بَابٌ في الحَجْبِ (٢)

[مَا أَجْمَعَ عَلَيْه العُلَمَاءُ منْ مَسَائلِ الحَجْبِ]

وأجمع العلماء : على أنَّ الأخَ الشقيقَ يَحْجُبُ الأخَ للأبِ ، وأنَّ الأخَ للأبِ يَحْجُبُ بني الأخِ الشقيقِ ، وأنَّ بني الأخِ الشقيقِ يَحْجُبُونَ أبناءَ الأخِ للأبِ أَوْلَى مِنْ بني ابنِ الأخِ للأبِ والأمِّ ، وبنو الأخِ للأبِ أولى مِنَ العَمِّ أخي الأب ، وابنُ العمِّ أخو الأبِ الشقيقِ أولى من ابن العم أخي الأب للأب ، وكُلُّ واحدٍ من هؤلاءِ يحجبون بينهم ،

---

(١) فى الأصل : الإخوة .

(٢) وهو لغة المنع ، وشرعا : منع شخص معين عن ميراثه إما كله أو بعضه بوجود شخص آخر . والمراد بقولنا : عن ميراثه - أن يقوم به سبب الإرث كالقرابة ، فيمنع عنه ، وقولنا : إما كله أو بعضه - (أو) فيه للتنويع لا للشك . فالأول حجب الحرمان ، والثانى حجب النقصان .

ولهذا المبحث شأن عظيم فى الفرائض ، فمن لم يعرف الحجب لا يعد عالما بالفرائض ، ويحرم عليه أن يفتى فيها .

وهو فى حد ذاته قسمان :

« أ » حجب بالأوصاف ، وهى الموانع السابقة التى هى الرق ، والقتل .... الخ .

« ب » حجب بالأشخاص ، وهو المراد من عبارة الفرضيين عند إطلاقهم لفظ الحجب . وهذا على نوعين :

(١) حجب حرمان .

(٢) حجب نقصان .

وَمَنْ حَجَبَ منهم صِنْفاً فهو يَحْجُبُ مَنْ يَحْجُبُهُ ذلك الصِّنْفُ ، وبالجملة : أما الإخوة فالأقربُ منهم يحجب الأبعدَ ، فإذا استووا حَجَبَ منهم مَنْ أدلى بسببين أمٍّ وأب مَنْ أدلى بسبب واحد وهو الأبُ فقط ، وكذلك الأعمامُ الأقربُ منهم يَحْجُبُ الأَبْعَدَ ، فإن استووا حَجَبَ مَنْ يدلي منهم إلى الميت بسببين مَنْ يدلي بسببٍ واحد ، أعني : أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذي هو أخو الأب لأب فقط ، وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمامَ ؛ لأن الإخوة بنو أب المتوفي ، والأعمامُ بنو جَدِّه ، والاباء يحجبون بنيهم ، والآباءُ أَجْدَادَهُمْ ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوةَ ، والجدُّ يحجبُ مَنْ فوقه من الأجداد بإجماع ، والأبُ يحجبُ الإخوةَ ، ويحجبُ مَنْ تحجبه الإخوةُ ، والجَدُّ يحجبُ الأعمامَ بإجماعٍ والإخوةَ للأمِّ ، وَيَحْجُبُ بنو الإخوةِ الشقائق بني الإخوة للأبِ ، والبناتُ وبناتُ البنين يَحْجُبْنَ بني الإخوة للأمِّ .

[مَا اخْتَلَفَ فيه العُلَمَاءُ من الحَجْب : مَنْ تَرَكَ ابْنَي عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ للأمِّ]

واختلف العلماءُ فيمن تركَ ابني عم أحدهما أخ للأم : فقال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والثوريُّ : للأخ للأمِّ السُّدُسُ مِنْ جهَة ما هو أخٌ لأمٍّ ، وهو في باقي المال مَعَ ابنِ العمِّ الآخرِ عَصَبَةٌ يقتسمونه بينهم على السواء ؛ وهو قولُ عليِّ بن أبي طالب – رضي الله عنه – وزيد ، وابن عباس ، ، وقال قومٌ : المال كُلُّهُ لابن العمِّ الذي هو أخٌ لأمٍّ، يأخذ سُدُسَهُ بالأخوة وبَقِيتهُ بالتَّعْصِيبِ ؛ لأنه قَدْ أدلى بسببين ؛ وَممَّنْ قال بهذا القولِ من الصحابة ابنُ مسعودٍ، ومن الفقهاء : داودُ ،وأبو ثورٍ ، والطبري [١] ، وهو قولُ الحَسَنِ ، وعطاء .

[قَوْلُ العُلَمَاء في الرَّدِّ [٢]]

واختلف العلماءُ في رَدِّ ما بقي مِن مالِ الورثَةَ على ذَوِي الفرائضِ إذا بقيت من المال فَضْلَةٌ

---

(١) فى الأصل : الثورى .

(٢) وهو ضد العول ؛ لأنه زيادة فى الأنصباء ونقصان من السهام ، وقد اختلف فيه ، فعندنا معاشر الشافعية إذا لم يخلف ورثة من المجمع على إرثهم أو خلف ذا فرض لا يستغرق ، فماله أو الفاضل لبيت المال إن انتظم ، وانتظامه بأن يكون متوليه وهو الإمام عادلا يعطى كل ذى حق حقه فى قسمة التركات وإن كان جائرا فى غيرها ، وقيل : يكون انتظامه بتوفر شروط الإمامة فى الأمام ، وهى العلم والعدالة والكفاية بمعنى الجدارة ، والمقدرة ، وسلامة الحواس ، والنسب القرشى على خلاف فيه.

أما إذا لم ينتظم بيت المال فما بقى بعد ذوى الفروض إن كان هناك غير الزوجين يرد عليهم بنسبة فروضهم إلى مجموعها ، فإن لم يكن ذو فرض أو كان ممن لا يرد عليه – وهما الزوجان – فماله كله أو الفاضل بعد الزوجين لذوى الأرحام على ما سبق .

هذا هو المعتمد من مذهب الشافعية والمالكية .

ومذهب الحنفية والحنابلة : إذا كانت الورثة أصحاب فروض لا تستغرق يرد الفاضل عنهم عليهم بقدر حقوقهم إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما . أما إذا لم يكن له ورثة من المجمع على إرثهم أو كان له أحد الزوجين وكان له أحد من ذوى الأرحام ، فماله كله فى الأولى أو الفاضل بعد فرض =

لم تستوفها الفرائضُ ، ولم يكن هناك مَنْ يُعَصبُ : فكان زيدٌ لا يقول بالردِّ ، ويجعلُ الفاضلَ في بيتِ المالِ ؛ وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ ،، وقال جُلُّ الصحابةِ بالرد على ذَوِي الفروض ما عدا الزَّوْجَ والزَّوْجَةَ ، وإن كانوا اختلفوا في

= الزوجين فى الثانية لذوى الأرحام ، ولا شئ لبيت المال ، انتظم أم لا .

واستدل الشافعية : بأن الفاضل عن الفروض مال لا مستحق له ، فيكون لبيت المال ، كما إذا لم يترك وارثا أصلاً اعتباراً للبعض بالكل ؛ وذلك لأن الرد إما أن يكون باعتبار الفرضية أو باعتبار العصوبة أو الرحم ، على مذهبكم لا جائز أن يكون باعتبار الفرضية ؛ لأنه قد أخذ كل ذى فرض فرضه ، ولا يجوز أن يكون باعتبار العصوبة ؛ لأن باعتبارها يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا باعتبار الرحم ؛ لأن باعتباره يقدم الأقرب فالأقرب عندهم .

وإذا بطلت هذه الوجوه بطل القول بالرد .

واحتج القائلون بالرد بقوله تعالى : ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله ﴾ .

أى : بعضهم أولى بميراث بعض بسبب الرحم ، والمتبادر من الميراث مجموعه ، وإرادة البعض خلاف الظاهر ، فلا يرد أن الأولوية المفهومة من الآية تحصل بإعطاء كل ذى فرض فرضه ، على أن إعطاء الفرض علم من آية أخرى ، والحمل على التأسيس خير من الحمل على التأكيد .

فهذه الآية دلت على استحقاقهم الميراث كله بصلة الرحم ، وآية المواريث أوجبت استحقاق كل واحد منهم جزءاً معلوما من المال ، فوجب العمل بالآيتين بأن يجعل لكل واحد فرضه بآية المواريث ، ثم يجعل ما بقى مستحقا لهم (للرحم) بهذه الآية ، ولهذا لا يرد على الزوجين ؛ لانعدام الرحم فى حقهما من حيث الزوجية .

وأجيب عنه : بأن هذا تأويل بعيد خلاف الظاهر من الآية . وأقسام الرد أربعة :

الأول : أن يوجد فى المسألة جنس واحد ممن يرد عليه مع عدم من لا يرد عليه ، كما إذا ترك الميت أختين فالمسألة من اثنين قطعا للتطويل .

الثانى : إذا اجتمع فى المسألة جنسان أو ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه ، فتجعل المسألة من سهامهم ، كما إذا ترك الميت جدة وأختين لأم .

الثالث : أن يكون مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه ، فيعطى من لا يرد عليه نصيبه من مخرج فرضه ، ويقسم الباقى على من يرد عليه بالطريقة المارة فى القسم الأول ، كزوج وثلاث بنات ، للزوج الربع ، وللبنات الثلثان ، فهى من اثنى عشر ، للزوج ثلاثة ، وللبنات ثمانية ، ويبقى واحد يرد على البنات فقط ، فيعطى الزوج بالاختصار واحدا من أربعة ، وتبقى ثلاثة للبنات ويكون أصل المسألة الجديد أربعة .

الرابع : أن يوجد مع الأجناس من لا يرد عليه ، وحينئذ يعطى من لا يرد عليه نصيبه من مخرج فرضه ، ثم يقسم الباقى على من يرد عليه .

مثاله : زوجة ، وجدة ، وأختين لأم .

فالمسألة من اثنى عشر : للزوجة الربع (ثلاثة) ، وللجدة السدس (اثنان) ، وللأختين الثلث (أربعة) فهذه تسعة وتبقى ثلاثة ترد على الجدة والأخت ، فيكون أصل المسألة الجديد أربعة ، تأخذ الزوجة واحدا ويقسم الباقى على الجدة والأختين : تأخذ الجدة واحدا ، والأختان اثنين .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

كيفية ذلك ، وبه قال فقهاءُ « العراق » من الكوفيين ، والبصريين .

وأجمع هؤلاء الفقهاء على أنَّ الرَّدَّ (١) يكون لهم (٢) بقَدْرِ سهَامهمْ ، فَمَنْ كان له نِصْفٌ أخذ النصفَ مِمَّا بقي ، وهكذا في جزء جزء ،، وَعُمْدَتُهُمْ : أنَّ قرابةَ الدِّين والنسبِ أولى من قرابةِ الدِّين فقط ، أي : أنَّ هؤلاء اجتمع لهم سببان ، وللمسلمين سبب واحد ،، وهنا مسائلُ مشهورةُ الخلافِ بَيْنَ أهلِ العلم فيما تعلق بأسباب المواريث يجب أن تذكر هاهنا .

[لا يَرِثُ الكَافِرُ المُسْلِمَ (٣)]

منها أنه أجمع المسلمون على أنَّ الكافرَ لا يرث المسلمَ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللهُ

---

(١) فى الأصل : المراد . (٢) فى الأصل : سهم .

(٣) وأجمعوا على عدم إرث الكافر المسلم إذا دام على كفره حتى قسمت التركة ، فإن أسلم قبل قسمتها فلا يرث أيضا قياساً على الأول بجامع أن كلا كافر حال الموت .

وقال الإمام أحمد رضى الله عنه : إن أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث ترغيبا له فى الإسلام ، وقال : المسلم يرث عتيقه الكافر .

وأما عدم إرث المسلم الكافر فهو مذهب الجمهور ؛ خلافا لمعاذ بن جبل ومعاوية رضى الله عنهما . واستدلا بقوله ﷺ : « الإسلام يزيد ولا ينقص » .

وقياساً على النكاح والاغتنام ، فكما أن المسلم يتزوج الكافرة بالشروط ، فكذلك الميراث ، وكما أن المسلم يغتنم مال الكافر ، كذلك يصح أن يرثه .

وأجيب بأن الخبر إن صح فمعناه : يزيد بفتح البلاد ولا ينقص بالارتداد . وأما القياس فمردود بأن العبد ينكح الحرة ولا يرثها ، والمسلم يغتنم مال الحربى ولا يرثه .

ثم إنهم اختلفوا هل الكفر كله ملة واحدة ، أو ملل متعددة ؟ فالأصح من مذهبنا كمذهب الحنفية أن الكفر كله ملة واحدة ، فيتوارث الكفار بعضهم من بعض إلا ما سيأتى التنبيه على عدم إرثه . ومذهب المالكية والحنابلة أن الكفر ملل ، فاليهود ملة ، والنصارى ملة ، والمجوس ملة ، وعباد الشمس ملة ، وعليه فلا يتوارث بعضهم من بعض لاختلاف مللهم .

استدل الأولون بقوله تعالى : ﴿ فماذا بعد الحق إلا الضلال ﴾ .

وقوله أيضاً : ﴿ لكم دينكم ولى دين ﴾ .

واستدل الآخرون بقوله تعالى : ﴿ ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم ﴾ فهما ملتان .

وقوله تعالى : ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾ .

وقوله ﷺ : « لا يتوارث أهل ملتين » .

وأجاب الأولون بأن الآية الأولى لا تدل على اختلاف ملتهما ، أو يحتمل أن تكون ملتهما واحدة كما يشعر به وقوع لفظ الملة مفرداً ، ويكون إفراد كل منهما بالذكر ؛ لاختلافهما فى بعض الأحكام مع كون ملتهما واحدة .

والجواب عن الآية الثانية : أن معناها : لكل من دخل دين محمد ﷺ جعلنا له القرآن شرعة ومنهاجا ، كما قال مجاهد .

=

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [النساء : ١٤١] ؛ ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الكَافِرَ ، وَلا الكَافِرُ الْمُسْلِمَ » (١١١٥) .

= ويجاب عن الحديث بأن المراد بالملتين فيه الإسلام والكفر ؛ بدليل أن فى بعض طرقه زيادة « فلا يرث المسلم الكافر » .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

(١١١٥) أخرجه مالك (٢/ ٥١٩) كتاب الفرائض : باب ميراث أهل الملل ، حديث (١٠) ، والبخارى (١٢/ ٥٠) كتاب الفرائض : باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، حديث (٦٧٦٤)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض ، حديث (١/ ١٦١٤) ، وأبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب الفرائض : باب هل يرث المسلم الكافر حديث (٢٩٠٩) ، والترمذى (٤/ ٤٢٣) كتاب الفرائض : باب إبطال الميراث بين المسلم والكافر ، حديث (٢١٠٧) ، وابن ماجه (٢/ ٩١١) كتاب الفرائض : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، حديث (٢٧٢٩) ، والنسائى فى « الكبرى » (٤/ ٨٠) كتاب الفرائض : باب فى الموارثة بين المسلمين والمشركين ، حديث (٦٣٧١) ، والدارمى (٢/ ٣٧٠) كتاب الفرائض : باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ، وأحمد (٥/ ٢٠٠) ، وأبو داود الطيالسى (١/ ٢٨٣ - منحة) رقم (١٤٣٥) ، والحميدى (١/ ٢٤٨) رقم (٥٤١) ، وسعيد بن منصور فى « سننه » (١/ ١٨٤) رقم (١٣٥ ، ١٣٦) ، وعبد الرزاق (٦/ ١٤) رقم (٩٨٥١ ، ٩٨٥٢) ، والشافعى فى «مسنده» (٢/ ١٩٠) كتاب الفرائض ، حديث (٦٧٦) ، ومحمد بن نصر المروزى فى « السنة » (ص - ١٠٤) رقم (٣٨٦) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٩٥٣) ، وابن خزيمة فى « صحيحه » (٤/ ٣٢٢ - ٣٢٣) رقم (٢٩٨٥) ، وابن حبان (١ - ٦٠٠ - الإحسان) ، والطبرانى فى « الكبير » (١/ ١٢٧) رقم (٣٩١) ، وفى « الأوسط » رقم (٥١٠) ، والدارقطنى (٤/ ٦٩) كتاب الفرائض ، حديث (٧) ، والحاكم (٢/ ٢٤٠) ، والبيهقى (٦/ ٢١٧) كتاب الفرائض : باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٣/ ١٤٤ - ١٤٥) ، والبغوى فى «شرح السنة » (٤/ ٤٧٨ - بتحقيقنا) ، وابن النجار فى « ذيل تاريخ بغداد » (٢/ ٢٢٦) ، وابن عبد البر فى « التمهيد » (٩/ ١٦٠) كلهم من طريق الزهرى عن على بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة ابن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وزاد الحاكم فى أوله : « لا يتوارث أهل ملتين ، ولا يرث ...» وقد اختلف فى اسم عمرو بن عثمان هل هو عمرو بن عثمان أم عمر بن عثمان ؟ .

فالجماعة روته عن الزهرى فقالوا : عمرو بن عثمان .

وخالفهم مالك فى « الموطأ » وتبعه ابن عبد البر فقالا : عمر بن عثمان .

قال ابن عبد البر فى « التمهيد » (٩/ ١٦١ - ١٦٢) : ومالك يقول فيه : عن ابن شهاب عن على ابن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة ، وقد وافقه الشافعى ويحيى بن سعيد القطان عن ذلك فقال: هو عمر وأبى أن يرجع ، وقال : قد كان لعثمان ابن يقال له : عمر ، وهذه داره ، ومالك لا يكاد يقاس به غيره حفظاً وإتقاناً ، لكن الغلط لا يسلم منه أحد ، وأهل الحديث يأبون أن يكون فى هذا الإسناد إلا عمرو بالواو ، وقال على بن المدينى : عن سفيان بن عيينة أنه قيل له : إن مالكا يقول فى حديث « لا يرث المسلم الكافر » : عمر بن عثمان ، فقال سفيان : لقد سمعته من الزهرى كذا وكذا مرة ، وتفقدته منه فما قال إلا عمرو بن عثمان . أ.هـ . =

[مِيرَاثُ المُسْلِمِ الكَافِرَ ، وَمِيرَاثُ المُسْلِمِ المُرْتَدَّ]

واختلفوا في ميراث المسلم الكافر ، وفي ميراث المسلم المرتد : فذهب جمهورُ العلماء مِنَ الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أَنَّهُ لا يرثُ المسلمُ الكافرَ بهذا الأَثَرِ الثَّابت ، ، وذهب معاذُ بنُ جَبَلٍ ، ومُعَاوِيَةُ من الصحابة ، وسَعِيدُ بنُ المُسَيِّبِ ، ومَسْرُوقٌ من التابعين ، وجماعةٌ إلى أنَّ المسلمَ يرثُ الكافرَ ، وشَبَّهُوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أَنْ نَنْكِحَ نِسَاءَهُم ، ولا يجوز لنا أن نُنْكِحَهُم نِسَاءَنَا كذلك الإرْثُ ، ورووا في ذلك حديثاً مُسْنَداً ، ، قال أبو عُمَرَ : وليس بالقويِّ عند الجمهور (١١١٦) ، وشبهوه أيضاً بالقِصَاصِ في الدِّمَاءِ التي لا تتكافأ .

[مَالُ المُرْتَدِّ إِذَا قُتِلَ أَوْ مَاتَ]

وأما مال المرتد إذا قتل أو مات (١) : فقال جمهور فقهاء « الحجاز » : هو لجماعة المسلمين ، وَلا يَرِثُهُ قَرَابَتُهُ ؛ وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وهو قولُ زيد من الصحابة ، ، وقال أبو حنيفةَ ، والثوريُّ ، وجمهورُ الكوفيين ، وكثيرٌ من البصريين : يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ من المسلمين ؛ وهو قول ابنِ مسعودٍ من الصحابة ، وعليٍّ رضي الله عنهما ، ،

وَعُمْدَةُ الفريقِ الأوَّل : عُمُومُ الحَدِيثِ ، ، وعمدة الحنفية : تَخْصِيصُ العموم بالقياس ، وَقِيَاسُهُمْ في ذلك هو أَنَّ قرابته أَوْلَى من المسلمين ؛ لأنهم يُدْلُونَ بسببين : بالإسلام ، والقرابة ، والمسلمون بسببٍ واحدٍ ، وهو الإسلامُ ، وربما أَكَّدُوا بما يبقى لماله من حكم الإسلام ؛ بدليل أنه لا يُؤْخَذُ في الحال حتى يموت ، فكانت حَيَاتُهُ مُعْتَبَرَةً في بَقَاءِ مَالِه على مِلْكِهِ ؛ وذلك لا يكون إلا بأنْ يكونَ لماله حُرْمَةٌ إسلاميةٌ ؛ ولذلك لم يَجُزْ أَن يقر على الارْتِدادِ ، بخلاف الكافر .

= وقال ابن أبى حاتم فى « العلل » (٢/ ٥٠) رقم (١٦٣٥) : سئل أبو زرعة عن حديث مالك عن الزهرى عن على بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال : « لا يرث المسلم الكافر » ، قال أبو زرعة : الرواة يقولون : عمرو ، ومالك يقول : عمر بن عثمان ، قال أبو محمد - أى ابن أبى حاتم - : أما الرواة الذين قالوا : عمرو بن عثمان فسفيان بن عيينة ويونس بن يزيد عن الزهرى .

(١١١٦) الحديث أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٩) كتاب الفرائض : باب هل يرث المسلم الكافر ، حديث (٢٩١٣) ، والطيالسى (١/ ٢٨٣ - منحة) رقم (١٤٣٦) ، والحاكم (٤/ ٣٤٥) كتاب الفرائض ، والبيهقى (٦/ ٢٥٥) كتاب الفرائض : باب ميراث المرتد ، من طريق أبى الأسود الدؤلى عن معاذ بن جبل ؛ أنه أتى بميراث يهودى وله وارث مسلم ، فورثه وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «الإسلام يزيد ولا ينقص » .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى .

(١) فى الأصل : تاب .

وقال الشافعي ، وغيره : يُؤْخَذُ بقضاء الصلاة إذا تاب من الرِّدَّةِ في أيام الرِّدَّةِ ،، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله ؛ لأن له حُرْمَةً إسلاميةً ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأَنَّ استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإِرْثِ ،، وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عندما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك .

[تَوْرِيثُ أَهْلِ الْمِلَّةِ الْوَاحِدَةِ]

وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً .

[اخْتِلافُهُمْ فِي تَوْرِيثِ الْمِلَلِ الْمُخْتَلِفَةِ]

واختلفوا في توريث الملل المختلفة : فذهب مالك ، وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون ؛ كاليهود ، والنصارى ؛ وبه قال أحمد ، وجماعة ،، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور ، والثوري ، وداود ، وغيرهم : الكفارُ كُلُّهُمْ يَتَوَارَثُونَ ،، وكان شريح ، وابن أبي ليلى ، وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً : النصارى واليهود والصابئين مِلَّةً ، وَالْمَجُوسَ ومن لا كتاب له مِلَّةً ، وَالإِسْلامَ مِلَّةً .

وقد روي عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك ،، وعمدة مالك ومن قال بقوله : ما روي الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ؛ أن النبي ﷺ قال : « **لا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ** » (١١١٧) .

(١١١٧) أخرجه أحمد (٢/١٧٨) ، وأبو داود (٣/٣٢٨) كتاب الفرائض : باب هل يرث المسلم الكافر ، حديث (٢٩١١) ، وابن ماجه (٢/٩١٢) كتاب الفرائض : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، حديث (٢٧٣١) ، وسعيد بن منصور فى « سننه » رقم (١٣٧) ، وابن الجارود فى « المنتقى» رقم (٩٦٧) ، والدارقطنى (٤/٧٥) كتاب الفرائض ، حديث (٢٥) ، وابن عدى فى « الكامل » (٥/٨٢) ، والبيهقى (٦/٢١٨) كتاب الفرائض : باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، والبغوى فى « شرح السُّنَّة » (٤/٤٧٩ - بتحقيقنا) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٥/ ٢٩٠) ، وابن عبد البر فى « التمهيد » (٩/١٧٢) كلهم من طريق عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » .

والحديث صححه ابن الملقن فى « خلاصة البدر المنير » (٢/٣٥) ، فقال : رواه أبو داود ، والنسائى، وابن ماجه ، والدارقطنى من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وإسناد أبى داود والدراقطنى إسناد صحيح ا هـ .

قال الألبانى فى « إرواء الغليل » (٦/ ١٢١) : وهذا سند حسن ا هـ ، وللحديث شاهد من حديث جابر :

أخرجه الترمذى (٤/ ٤٢٤) كتاب الفرائض : باب لا يتوارث أهل ملتين ، حديث (٢١٠٨) =

وعمدة الشافعية والحنفية : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ** » (١) ؛ وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن الْمُسْلِمَ يَرِثُ المسلمَ ، والكَافِر يَرِثُ الكافر ، والقول بدليل الْخِطَابِ فيه ضَعْفٌ وخاصة هنا .

[الْحُمَلاءُ وَهَلْ يَتَوارَثُونَ]

واختلفوا في توريث الحملاء : والحملاء هم الذين يَتَحَمَّلُونَ بأولادهم من بِلادِ الشِّرْكِ إلى بلاد الإسلام ، أعني : أنهم يُولَدُونَ في بلاد الشرك ، ثم يَخْرُجُونَ إلى بلاد الإسلام ، وهم يَدَّعُونَ تلك الولادة الموجبة للنسب (٢) ؛ وذلك على ثلاثة أقوال :

قول : أنهم يَتَوَارَثُونَ بما يَدّعُونَ من النسب ؛ وهو قول جماعة من التابعين ، وإليه ذهب إسحاق .

وقول : أنهم لا يتوارثون إلا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ على أنسابهم ؛ وبه قال شريح ، والحسن ، وجماعة .

وقول : أنهم لا يتوارثون أصلاً ، ، وَرُوِيَ عن عمر الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يُوَرِّثُ إلا من ولد في بلاد العرب ؛ وهو قول عثمان ، وعمر بن عبد العزيز .

وأما مالك ، وأصحابه : فاختلف في ذلك قَوْلُهُمْ : فمنهم من رأى ألا يورثون إلا ببينة ؛ وهو قول ابن القاسم ، ، ومنهم من رأى ألا يورثون (٣) أصلاً ، ولا بالبينة العادلة ؛ وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبدُ الملك بن الماجشون .

وروي ابن القاسم عن مالك في أَهْلِ حِصْنٍ نزلوا على حكم الإسلام ، فَشَهِدَ بَعْضُهم لبعض - أنهم يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ؛ لأن مالكاً لا يجوِّز شَهَادَةَ الكفار بعضهم على بعض ، قال : فأما إن سُبوا ، فلا يُقْبَلُ قولهم في ذلك .

وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ؛ وذلك أنهم قالوا : إن خَرَجُوا إلى بلاد الإسلام ، وليس لأحد عليهم يَدٌ ، قُبِلَتْ دَعْوَاهُمْ في أنسابهم

= من طريق ابن أبى ليلى عن أبى الزبير عن جابر عن النبى ﷺ قال : « لا يتوارث أهل ملتين » ، وقال الترمذى : هذا حديث لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبى ليلى .

وضعفه ابن الملقن فى « الخلاصة » (٢/ ١٣٥) ، فقال : رواه الترمذى من رواية جابر بإسناد ضعيف.

(١) تقدم .   (٢) فى الأصل : للسنة .   (٣) فى الأصل : يرثوا .

وأما إن أَدْرَكَهُمُ السَّبْيُ والرق ، فلا يقبل قولهم إلا ببينة ،، ففي المسألة أربعة أقوال : اثنان طرفان ، واثنان مفرقان .

[هَلِ الَّذِي لا يَرِثُ يَحْجُبُ] ؟

وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ، ومن الصحابة : عليّ ، وزيد ، وعمر : أنَّ من لا يرث لا يحجب ؛ مثل : الكافر ، والمملوك ، والقاتل عَمْداً ،، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم ، أعني : بأهل الكتاب ، وبالعبيد [١] ، وبالقاتلين عمداً ؛ وبه قال داود ، وأبو ثور ،، وعمدة الجمهور : أن الْحَجْبَ في معنى الإِرْثِ ، وأنهما متلازمان ،، وحجة الطائفة الثانية : أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت .

[ميرَاثُ الْمَفْقُودِينَ [٢]]

واختلفَ العلماءُ في الذين يُفْقَدُونَ في حرب ، أو غرق ، أو هَدْمٍ ، ولا يُدْرَى من مات

---

(١) في الأصل : وبالمملوكين .

(٢) هو من غاب عن وطنه وطالت غيبته ، وغاب خبره وجهل حاله فلا يدرى أحيّ هو أو ميت .

والبحث فيه في مقامين :

الأول : في إرث المفقود ومن معه .

الثاني : في الإرث منه .

أما الأول : فحكم من معه كحكم من مع الخنثى ، فيتعاملون بالأخْير إن أمكن ، وإن كان النظر هنا إلى تقدير حياته وموته بخلافه في الخنثى ؛ فإن النظر فيه إلى الذكورة والأنوثة .

فإن كان الأضر لهم بتقدير حياته : قدِّر حياً ، وإن كان تقدير موته قدرناه كذلك . وإن كان أحد التقديرين لا يعطى الورثة شيئاً فرضناه ويوقف المال كله أو الباقي حتى يظهر موته أو حياته أو يحكم القاضي بذلك ، أما إذا اتحد إرثهم أو بعضهم في الحالين فيعطوه .

وأما الثاني : فتوقف تركته إلى ثبوت موته ببينة أو حكم القاضي بموته اجتهاداً عند مضى مدة لا يعيش مثله إليها غالباً .

والمشهور عند الشافعية عدم تقدير تلك المدة بل المعتبر غلبة الظن باجتهاد الحاكم ، وهو المشهور عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

وعند مالك رحمه الله مضى مدة التعمير وهي سبعون سنة من ولادته . وهو الراجح عنده .

وفصل الإمام أحمد ، فقال :

إن كان يرجى رجوعه بأن كان الغالب على سفره السلامة كما إذا سافر لتجارة أو نزهة ، يوقف ماله وينتظر به إلى تمام تسعين سنة .

وإن كان لا يرجى الغالب بأن كان الغالب على سفره الهلاك ، كما إذا كان في سفينة فانكسرت أو قاتلوا عدواً ولم يعلم من هلك ممن نجا ، فينتظر إلى مضى أربع سنين من فقده ثم يقسم ماله بين ورثته . والله أعلم .

ينظر « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

منهم قبل صاحبه، كيف يتوارثون إذا كانوا أَهْلَ مِيراث ؟ فذهب مالك ، وأهل « المدينة » إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعاً لمن بَقِيَ من قَرَابَتِهِمُ الْوَارِثِينَ، أو لبيت المال إن لم تَكُنْ لهم قَرَابَةٌ ترث ؛ وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، فيما حكَى عنه الطحاوي .

وذهب عليّ ، وعمر - رضي الله عنهما - وأهل « الكوفة » ، وأبو حنيفة - فيما ذكر غيرُ الطحاوي عنه - وجمهورُ البصريين إلى أنهم يَتَوَارَثُونَ ، وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كُلَّ واحد من صاحبه في أَصْلِ ماله دون ما وَرِثَ بعضُهم من بعض، أعني : أنه لا يضم إلى مَالِ المورِّثِ ما وَرِثَ من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد ، كالحال في الذين يُعْلَمُ تقدُّمُ موتِ بعضهم على بعض ، مثل ذلك : زوج وزوجة تُوُفِّيَا في حَرْبٍ، أو غرق ، أو هدم ، ولكل واحد منهما أَلْفُ درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأةُ من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها رُبُعَهَا ، وذلك مائتان وخمسون .

[مِيرَاثُ وَلَدِ الْمُلاعَنَةِ ، وَوَلَدِ الزِّنَا]

من مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة ، وولد الزنا : فذهب أهل « المدينة » ، وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة يُورثُ ، كما يورث غيرُ وَلَدِ الملاعنَة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث ، والباقي لبيت المال ، إلا أن يكون له إِخْوَةٌ لأم ، فيكون لهم الثلث ، أو تكون أمه مولاة ، فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين؛ وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يَجْعَلُ ذَوِي الأرحام أَوْلَى من جماعة المسلمين ، وأيضاً على قياس من يقول بالرَّدِّ يرد على الأم بقية المال ، ، وذهب عليّ ، وعمر ، وابن مسعود إلى أن عَصَبَتَهُ عَصَبَةُ أمه، أعني : الذين يَرِثُونَهَا .

وروي عن عليّ ، وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه إلا مع فَقْدِ الأم ، وكانوا ينزلون الأمَّ بمنزلة الأب ؛ وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، والثوري ، وابن حنبل ، وجماعة ، ، وعمدة الفريق الأول : عموم قوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ** ﴾ [النساء : ١١] ، فقالوا : هَذِهِ أُمٌّ وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث .

وعمدة الفريق الثاني : ما روي من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ : « **أَنَّهُ أَلْحَقَ وَلَدَ الْمُلاعَنَةِ بِأُمِّه** » (١١١٨) ، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « **جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ مِيرَاثَ ابْنِ الْمُلاعَنَةِ لأُمِّهِ وَلِوَرَثَتِه** » (١١١٩) ، وحديث واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال : « **الْمَرْأَةُ تُحْرِز ثَلاثَةَ أَموالٍ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الذي لاعَنَتْ عَلَيْه** »(١١٢٠) وحديث مكحول عن النبي ﷺ بمثل ذلك (١) ، خرج جميع ذلك أبو داود ، وغيره ،، قال القاضي: هذه الآثارُ المصيرُ إليها وَاجِبٌ ؛ لأنها قد خَصَّصَتْ عموم الكتاب ،

(١١١٨) أخرجه مالك (٢/٥٦٧) كتابُ الطلاق : باب فى اللعان ، حديث (٣٥) ، والبخارى (٩/ ٤٦٠) كتاب الطلاق : باب يلحق الولد بالملاعنة ، حديث (٥٣١٥) ، ومسلم (٢/ ١١٣٢) ، كتاب اللعان ، حديث (٨/ ١٤٩٤) ، وأبو داود (٢/ ٦٩٣) ، كتاب الطلاق : باب فى اللعان حديث (٢٢٥٩) ، والترمذى (٣٠/ ٥٠٨) كتاب آلطلاق : باب فى اللعان حديث (١٢٠٣) ، والنسائى (٦/١٧٨) كتاب الطلاق : باب نفى بالولد باللعان والحاقة بأمه ، وابن ماجه (١/ ٦٦٩) كتاب الطلاق: باب فى اللعان حديث (٢٠٦٩) .

وسعيد بن منصور فى « سننه » رقم (١٥٥٤) ، والشافعى (٢/ ٤٧) كتاب الطلاق : باب اللعان حديث (١٥٣ ، ١٥٤) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٧٥٤) ، وابن حبان (٤٢٧٤ - الإحسان)، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٤) ، والبيهقى (٧/ ٤٠٩) ، والبغوى فى « شرح السنة » (٥/ ١٨٥ - بتحقيقنا) كلهم من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر ؛ أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرق رسول الله ﷺ وألحق الولد بأمه .

(١١١٩) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب « الفرائض » : باب ميراث ابن الملاعنة ، حديث (٢٩٠٨) ، والبيهقى (٦/ ٢٥٩) ، كتاب الفرائض : باب ميراث ولد الملاعنة ، من طريق عيسى بن أبى محمد عن العلاء بن الحارث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به . قال البيهقى : عيسى هو ابن موسى ، أبو محمد القرشى ، فيه نظر . قلت : لكنه توبع .

تابعه الهيثم بن حميد :

أخرجه الدارمى (٢/ ٣٩٠) كتاب الفرائض : باب ميراث ولد الزنا .

وللحديث طريق أخر عن عمرو بن شعيب :

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٦) من طريق محمد بن إسحاق قال : ذكر عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

وفى الباب عن مكحول مرسلاً :

أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٥) كتاب الفرائض : باب ميراث ابن الملاعنة ، حديث (٢٩٠٧) ، والبيهقى (٦/ ٢٥٩) كتاب الفرائض : باب ميراث ولد الملاعنة عن مكحول ، قال : جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها . قال البيهقى : هذا منقطع .

(١١٢٠) تقدم برقم (١٠٨٤) .

(١) تقدم .

والجمهور على أن السنة يُخَصَّصَ بها الكتابُ ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث ، أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مَرْوِيٌّ عن ابن عباس ، وعثمان ، وهو مشهور في الصَّدْرِ الأول ، واشتهاره في الصحابة دَلِيلٌ علي صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس بمستنبط بالقياس ،، والله أعلم .

[مَنْ تَرَكَ ابنين ، وأقر أَحَدُهُمَا بأخ ثالث ، وأنكر الثاني]

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين ، وأقر أحدهم بأخ ثالث ، وأنكر الثاني : فقال مالك ، وأبو حنيفة : يجب عليه أن يُعْطِيَهُ حَقَّهُ من الميراث ، يعنون الْمُقِرَّ ، ولا يثبت بقوله نَسَبُهُ ،، وقال الشافعي : لا يثبت النَّسَبُ ، ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً .

واختلف مالك ، وأبو حنيفة في القَدْرِ الذي يجب على الأَخِ الْمُقِرِّ : فقال مالك : يجب عليه ما كان يجب عليه لو أَقَرَّ الأخُ الثاني ، وثبت النَّسَبُ ،، وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نِصْفَ ما بِيَدِه .

[مَنْ تَرَكَ ابناً وَاحِداً فَأَقَرَّ بِأَخٍ له آخَرَ]

وكذلك الحكم عند مالك ، وأبي حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً ، فأقر بأخ له آخر ، أعني : أنه لا يَثْبُتُ النَّسَبُ ، ويجب الميراث، وأما الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان:

أحدهما : أنه لا يثبت النسب ، ولا يَجِبُ الميراثُ .

والثاني : يثبت النَّسَبُ ، ويجب الميراث ، وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية [(١)] ويجعلها مَسْأَلَةً عَامَّةً ؛ وهو أن كل من يَحُوزُ المالَ يثبت النسب بإقراره ، وإن كان واحداً أخاً ، وغير ذلك .

وعمدة الشافعي في المسألة الأولى وفي أحد قوليها في هذه المسألة أعني : القول الغير المشهور : أن النَّسَبَ لا يثبت إلا بشاهِدَي عَدْلٍ ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ؛ لأن النَّسَبَ أَصْلٌ ، والميراثَ فرعٌ ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع .

وعمدة مالك ، وأبي حنيفة : أن ثبوت النسب هو حَقٌّ متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، وأما حَظُّهُ من الميراث الذي بيد المقر بإقراره فيه عامل ؛ لأنه حَقٌّ أَقَرَّ به على نفسه ، والحق أن القضاءَ عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب ، وأنه لا يجوز له بين الله - تعالى - وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شَرِيكُهُ

---

(١) فى الأصل : الطويلة .

في الميراث حقه منه ،، وأما عمدة الشافعية في إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يحوز له الميراث : فالسماع ، والقياس .

أما السماع : فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت : «**كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاص عهدَ إِلَى أَخيه سَعْد بْن أَبِي وَقَّاص أَنَّ ابْنَ وَلِيدَة زَمْعَةَ منِّي فَاقْبضْهُ إِلَيْكَ ، فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْح ، أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَاص ، وَقَالَ : ابْنُ أَخي قَدْ كَانَ عهدَ إِلَي فيه ، فَقَامَ إِلَيْه عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ : أَخي وَابْنُ وَلِيدَة أَبي ، وُلدَ عَلَى فرَاشه ، فَتَسَاوَقَاهُ إِلَى رَسُول الله ﷺ ، فَقَالَ سَعْدٌ : يَا رَسُولَ الله ابْنُ أَخي قَدْ كَانَ عهدَ إِلَيَّ فيه ، فَقَامَ إِلَيْه عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ : أَخي ، وَابْنُ وَلِيدَة أَبي ، وُلدَ عَلَى فرَاشه . فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ : هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ الله ﷺ : الْوَلَدُ للْفرَاش ، وَللْعَاهر الْحَجَرُ ، ثُمَّ قَالَ لسَوْدَةَ بنْت زَمْعَةَ : احْتَجبي منْهُ ، لَمَّا رَأَى منْ شَبَهه بعُتْبَةَ بْن أَبِي وَقَّاص ، قَالَتْ : فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقيَ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ**»[١] ، فَقَضَى رَسُولُ الله ﷺ لعبد بن زمعة بأخيه ، وأثبت نسبه بإقراره ؛ إذ لم يكن هنالكَ وارثٌ مُنَازِعٌ لَهُ .

وأما أَكْثَرُ الفقهاء : فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل الْمُجْمَعِ عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ؛ وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نَسَبَهُ بإقرار أخيه به ، والأصل أَلا يثبت نَسَبٌ إلا بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ ، ولذلك تَأَوَّلَ الناسُ في ذلك تأويلات :

فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه - عليه الصلاة والسلام - بقول أخيه ؛ لأنه يمكن أن يكون قد عَلِمَ أن تلك الأَمَةَ كان يَطَؤُهَا زمعةُ بن قيس ، وأنها كانت فِرَاشاً له ، ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن ألا يَخْفَى عليه أَمْرُهَا ، وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضي بعلمه ،، ولا يَلِيقُ هذا التأويل بمذهب مالك ؛ لأنه لا يَقْضِي القاضي عنده بعلمه، ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر ، أعني : الذي لا يثبت فيه النَّسَبُ ،، والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه ، لا أن ذلك كان واجباً ،، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يَحْجُبَ الأخت عن أخيها ،، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دَلِيلٌ على أنه لم يُلْحِقْ نسبه بقول عتبة ، ولا بعلمه بالفراش .

---

(١) تقدم .

وافترق هؤلاء في تأويل قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **هُوَ لَكَ** » : فقالت طائفة : إنما أراد هو عَبْدُكَ إذ كان ابن أمَة أبيك ،، وهذا غير ظاهر ؛ لتعليل رسول الله ﷺ حكمه في ذلك بقوله : « **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ** » ،، وقال الطحاوي : إنما أراد بقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ** » أي : يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللُّقَطَة ،، وهذه التأويلاتُ تضعف ؛ لتعليله - عليه الصلاة والسلام - حكمه بأن قال : « **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ** » .

وأما المعنى الذي يعتمده الشافعية في هذا المذهب : فهو أن إقْرَارَ من يحوزُ الميراث هو إقرار خلافة ، أي : إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغيرِ أنه إقرار شهَادَةٍ لا إقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذي كان للميت انتقل إلى هذا الذي حَازَ ميرَاثَهُ .

[هَلْ يَلْحَقُ أَوْلَادُ الزِّنَا بِآبَائِهِمْ ؟]

واتفق الجمهور على : أن أولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم إلا في الجاهلية على ما رُوِيَ عن عمرَ بن الخطاب [١] على اختلاف في ذلك بين الصحابة ،، وشذ قوم فقالوا : يلتحقُ وَلَدُ الزنا في الإسلام ، أعني : الذي كان عن زِنًا في الإسلام .

[المدة التي يَلْحَقُ الولدُ فيها بالْفِرَاشِ ؟]

واتفقوا على : أن الولدَ لا يلحق بالْفِرَاشِ في أقلَ من ستة أشهر ، إما من وَقْت العقد، وإما من وَقْت الدخول ، وأنه يُلْحَقُ من وَقْتِ الدخول إلى أقصر [٢] زمان الْحَمْلِ، أو إن كان قد فَارَقَهَا وَاعْتَزَلَهَا .

[أَطْوَلُ زَمَانٍ لِلْحَمْلِ]

واختلفوا في أَطْوَل زَمَانِ الحمل الذي يلحَق به الوَالد الولد : فقال مالك : خمسُ سنين،، وقال بعض أصحابه : سبع ،، وقال الشافعي : أربع سنين ،، وقال الكوفيون: سنتان ،، وقال محمد بن الحكم : سنة،، وقال داود : ستة أشهر ،، كذا وهذه المسألةُ مرجوعٌ فيها إلى العادة والتجربة ،، وقول ابن الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكُونَ بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلاً .

وذهب مالك والشافعي : إلى أن من تَزَوَّجَ امرأةً ، ولم يدخل بها ، أو دخل بها بعد الوقت ، وأتت بولد لِستَّة أشهر من وقت العقد لا من وَقْتِ الدخول - أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول .

وقال أبو حنيفة : هي فِرَاشٌ له ويلحقه الولد ،، وعمدةُ مالك : أنها ليست بفِرَاشٍ إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول ،، وعمدة أبي حنيفة : عموم - قوله عليه الصلاة

---

(١) أخرجه مالك فى « الموطأ » ٢/ ٧٤٠ - ١٤١ (٢٢) .

(٢) فى الأصل : أقصى .

والسلام : « **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ** » ، وكأنه يرى أن هذا تعبدٌ بمنزلة تغليب الْوَطْءِ الحلال على الوطء الحرام في إلحاق الولد بالوطء الحلال .

[إِثْبَاتُ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ ، وما يتصور فيها]

واختلفوا من هذا البَاب في إثباتَ النَسب بَالقافة ؛ وذلك عندما يَطَأُ رجلانِ في طهر وَاحِدَةً بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضاً الحكم بالقافة في اللَّقِيطِ الذي يَدَّعِيه رَجُلانِ أو ثلاثة ،، والقافة عند العرب: هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار : مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ، والأوزاعي ،، وأَبَي الْحُكْمَ بالقافة الكوفيون ، وأكثر أهل « العراق » ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادَّعَى رجلان ولداً كان الولد بينهما ؛ وذلك إذا لم يكن لأحدهما فِرَاشٌ ، مثل : أن يكون لقيطاً ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الأمة أو الحرة يَطَؤُهَا رجلان في طُهْرٍ واحد ،، وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يَجُوزُ أن يكون عندهم للابن الواحد أَبَوَانِ فقط ،، وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن يكون ابناً لثلاثة إِنِ ادَّعَوهُ . وهذا كله تخليط وَإِبْطَالٌ للمعقول والمنقول .

[دَلِيلُ من قالَ بِالْقَافَةِ]

عمدة استدلال من قال بالقافة : ما رواه مالَك عنَ سليمان بن يسار ؛ أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم ، أي : بمن ادَّعَاهُمْ في الإسلام ، فأتى رجلان كلاهما يَدَّعِي وَلَدَ امرأة ، فدعا قائفاً فنظر إليه ، فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فَضَرَبَهُ عمر بالدِّرَّةِ ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ،، فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتيني في إبل لأهلها فلا يُفَارِقُهَا حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها ، فَأُهْرِيقَتْ عليه دَماً ، ثم خلف هذا عليها ، تعني : الآخر ، فلا أدري أيهما هو ؟ فكبَّر القائف ، فقال عُمَرُ للغلام : وَالِ أيهما شِئْتَ .

قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع ،، وهذا الحكم عند مالك إذا قَضَى القافة باشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ . ويقال له : وَالِ أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ؛ وبه قال الشافعي ،، وقال أبو ثور : يكون ابناً لهما إذا زَعَمَ القائفُ أنهما اشتركا فيه ،، وعند مالك أنه ليس يكون ابناً للاثنين ؛ لقوله تعالى : ﴿ **يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى** ... ﴾ [الحجرات : ١٣]،، واحتج القائلون بالقافة - أيضاً - بحديث ابن شهابٍ عن عروة عن عائشة قالت: « **دَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مَسْرُوراً تَبْرُقُ** (١) **أَسَارِيرُ وَجْهِهِ ، فَقَالَ : أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالَ مُجزِّزٌ**

---

(١) فى الأصل : تبدو .

الْمدْلَجِيُّ لِزَيْدٍ وأُسَامَةَ ، ورَأَى أَقْدَامهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِه الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ » (١١٢١) قالوا : وهذا مروي عن ابن عباس ، وعن أنس بن مالك ، ولا مخالفَ لهم من الصحابة .

[الكوفيون لا يُثْبتُونَ الولدَ إلا بِالْفِرَاشِ]

وأما الكوفيون فقالوا : الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هناك فِرَاشٌ ؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ** » (١) ،، فإذا عُدِمَ الفراشُ ، أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما . وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أَنْ يَكُونَ ابنٌ واحد عن أبوين بالعقل ، لا يجوز وُقُوعُ ذلك في الشرع ؛ وروي مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن عليّ .

[لا يُقْبَلُ في الْقَافَة إلا رَجُلانِ]

وقال الشافعي : لا يقبل في القافة إلا رجلان ،، وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما : مثل قول الشافعي ،، والثانية: أنه يُقْبَلُ قَولُ قَائف وَاحدٍ .

[يُقْضَى بِالْقَافَةِ في مِلْك اليمينِ لا في النكاحِ]

والقافة في المشهور عن مالك إنما يُقْضَى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح ، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي ،، وقال أبو عمر بن عبد البر : في هذا الباب حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثوري عن صالح ابن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال : « **كَانَ عَلِيٌّ - رضي الله عنه - باليَمَنِ فَأُتِيَ بامْرَأَة وَطِئَهَا ثَلاثُ أُنَاس في طُهْر وَاحد ، فَسَأَلَ كُلَّ وَاحد مِنْهُمْ أَنْ يُقرَّ لصَاحبه بالْوَلَد فَأَبَى ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، وَقَضَى بالْوَلَد للَّذي أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ ، وَجَعَلَ عَلَيْه ثُلُثَي الدِّيَة ،، فرفَعَ ذَلكَ إلى النَّبيِّ ﷺ فَأَعْجَبَه ،**

(١١٢١) أخرجه البخارى (١٢/ ٥٦) كتاب الفرائض : باب القائف ، حديث (٦٧٧٠) ، ومسلم (٢/ ١٠٨١) كتاب الرضاع : باب العمل بإلحاق القائف الولد ، حديث (٣٨/ ١٤٥٩) ، وأبو داود (٢/ ٦٩٨) كتاب الطلاق : باب فى القافة ، حديث (٢٢٦٧) ، والترمذى (٤/ ٤٤٠) كتاب الولاء والهبة ، حديث (١٢١٩) ، والنسائى (٦/ ١٨٤) كتاب الطلاق : باب القافة ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٧) كتاب الأحكام : باب القافة حديث (٢٣٤٩) ، وأحمد (٦/ ٢٢٦) ، والدارقطنى (٤/ ٢٤٠) كتاب الأقضية ، والأحكام رقم (١٢٨) ، والبيهقى (١٠/ ٢٦٢) كتاب الدعوى والبينات : باب القافة ودعوى الولد ، من حديث عائشة .

(١) تقدم .

وَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ » (١١٢٢) ،، وفي هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة ، وإلحاق الولد بالقرعة .

[مِيرَاثُ القَاتِل ، وَاخْتِلافُ الْفُقَهَاءِ فيهِ]

واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة (١) أقوال :

(١١٢٢) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٣٥٩) رقم (١٣٤٧٢) ، ومن طريقه أبو داود (٢/ ٧٠١) كتاب الطلاق : باب القرعة إذا تنازعوا فى الولد ، حديث (٢٢٧٠) ، والنسائي (٦/ ١٨٢) كتاب الطلاق : باب القرعة فى الولد إذا تنازعوا فيه ، وابن ماجه (٢/ ٧٨٦) كتاب الأحكام : باب القضاء بالقرعة ، حديث (٢٣٤٨) ، والبيهقى (١٠/ ٢٦٦) كتاب الدعوى والبينات : باب الولد الواحد لا يكون من ماء رجلين، كلهم عن الثورى عن صالح بن حُيى عن الشعبى عن عبد خير عن زيد بن أرقم به .

وأخرجه أحمد (٤/ ٣٧٣) ، وأبو داود (٢/ ٧٠٠) كتاب الطلاق : باب القرعة إذا تنازعوا فى الولد، والنسائى (٦/ ١٨٣) كتاب الطلاق ، باب القرعة فى الولد إذا تنازعوا فيه ، والحاكم (٣/ ١٣٥ - ١٣٦) من طرق عن الأجلح عن الشعبى عن عبد الله بن الخليل عن زيد بن أرقم به .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبى ، وصححه أيضاً ابن التركمانى .

(١) واختلف فى القتل المانع من الإرث ، فعندنا معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل فى القتل ، ولو كان بحق كمقتص وإمام وقاض وجلاد بأمرهما أو أحدهما ، سواء أكان مباشراً أم متسبباً ، بالاختيار أم بالإكراه ، لكنهم رجحوا فى صورة من حفر بئراً فى ملكه فقتل فيه مورثه ، وكذا من وضع حجراً ، أو نصب ميزابا فى ملكه ، أو بنى حائطاً فى ملكه فمات المورث بسببها - رجحوا فى هذه الصور الإرث ، لأنه لم يتعد فيه . أما إذا تعدى بأن حفر بئراً فى الطريق ، فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه - هذا إذا كان التسبب قريباً ، بخلاف ما إذا كان بعيداً كأن أَحبَل الزوج زوجته فماتت بالولادة ، فإنه يرث، وإن كان له تسبب فى موتها بالإحبال . لكنه بعيد ، ولأن الوطء من باب الاستمتاع ، ومن شأنه ألا ينسب إليه قتل .

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبى غير المميز . فلا يرث واحد منهم من قتله .

وأما حديث « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يضيق » فلا يرد علينا ؛ لأن المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ، ولا تعلق له بالإرث .

وخالف فى ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما .

وعندنا لا إرث لمن له دخل فى القتل سواء أقصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه وربطه الجرح للمعالجة أم لا .

قال ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيء » أى ليس لمن له مدخل فى القتل شيء من الإرث » .

وأما السادة الحنفية ، فيقولون : إن القتل المانع من الإرث هو ما يتلعق به وجوب القصاص أو الكفارة . فالذى يوجب القصاص هو العمد .

وما يوجب الكفارة إما شبه العمد وإما الخطأ - وموجبهما الكفارة ، والدية على العاقلة ، ولا إثم فيه . ويحرم القاتل الميراث فى هذه الصور كلها .

هذا إذا كان القتل بغير حق - أما لو قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو دفعا عن نفسه ، فلا يحرم =

فقال قوم : لا يَرِثُ القاتل أصلاً ممن قتله ،، وقال آخرون : يرث القاتل ؛ وهم الأَقَلُّ ،، وَفَرَّقَ قومٌ بين الْخَطَأ والعمد ؛ فقالوا : لا يرث في العمد شيئاً ، ويرث في الخطأ إلا من الدِّيَةِ ؛ وهو قولُ مالك ، وأصحابه ، وفرق قوم بين أن يكون في العمد قَتْلٌ بأمر واجب، أو بغير واجب ، مثل : أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالجملة : بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم .

وسببُ الخلاف : معارضةُ أصل الشرع في هذا المعنى للنظر الْمَصْلَحِيِّ ؛ وذلك أن النظرَ المصلحيَّ يقتضي ألا يرث ؛ لئلا يتذرع [(١)] الناس من المواريث إلى القتل ، واتباع الظاهر ،، والتعبد يوجب ألا يلتفت إلى ذلك ؛ فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع - وما كان ربك نسياً - كما تقول الظاهرية .

[الْوَارِثُ غيرُ الْمُسْلِمِ يُسْلِمُ بَعْدَ مَوْتِ مورثه المسلم]

واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم ، وقبل قسم الميراث، وكذلك إن كان مورثه [(٢)] على غَيْرِ دينِ الإسلام : فقال الجمهور : إنما يعتبر في ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وَارِثُهُ ليس بمسلم لم يرثه أصلاً ، سواء أَسْلَمَ قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، وكان الوارث يوم مات غير مسلم ، وَرِثَهُ ضرورةً ، سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده.

وقالت طائفة منهم : الحسن ، وقتادة ، وجماعة : المعتبر في ذلك يوم القسم ؛ وروي ذلك عن عمر بن الخطاب ،، وعمدة كلا الفريقين : قوله ﷺ : « **أَيُّمَا دَار أَوْ أَرْض قُسِمَتْ في الْجَاهلِيَّة ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهليَّة ، وَأَيُّمَا دَار أَوْ أَرْض أَدْرَكَهَا الإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ ؛ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلَامِ** » [(٣)] ،، فمن اعتبر وَقْتَ القسمة ، حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم

= الميراث . وكذا إذا تسبب فى القتل ولم يباشر مطلقاً ، سواء أكان فى تسببه متعدياً أم لا .

واعترض على الحنفية فى قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة بما إذا قتل الأب ابنه عمداً ؛ فإنه لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً .

وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل الوالد بولده ، ولا السيد بعبده » .

وعند السادة الحنابلة كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع ومالا فلا ، أما القتل بحق فلا يمنع الميراث .

وعند السادة المالكية : يرث القاتل خطأ من المال دون الدية ، ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً .

ينظر : « المواريث » لشيخنا وهبة المسلمى .

(١) فى الأصل : يتسرع .　　(٢) فى الأصل : موروثه .　　(٣) تقدم .

الإسلام ،، ومن اعتبر وجوب القسمة ، حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام .

وروي من حديث عطاء : « **أَنَّ رَجُلاً أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ نَصِيبَهُ** » .

[مَنْ أَعتق من الورثة بعد الموت ، وقبل القَسْمِ]

وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم .

فهذه هي المسائلُ المشهورةُ التي تتعلق بهذا الكتاب .

قال القاضي : ولما كان الميراث إنما يُكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو وَلاءٍ ، وكان قد قيل في الذي يكون بالنَّسَبِ والصهر ، فيجب أن نذكر هاهنا الولاءَ ، ولمن يجب ؟ ومن يجب فيه ممن لا يجب ؟ وما أحكامه ؟

* * *

بَابٌ في الْوَلاء (١)

[مَنْ يَجِبُ لَهُ الْوَلاءُ ؟]

فأما من يجب له الولاء : ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لهذا الباب .

[مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ نَفْسِهِ]

---

(١) الولاء لغة : من آثار العتق ، مأخوذ من الولى بمعنى القرابة ، يقال : بينهما ولاء : أى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ، ومنه قوله عليه السلام : « الولاء لحمة كلحمة النسب » . وقيل: الولاء والولاية بالفتح : النُصرة وفى « الصحاح » : الولاء ولاء المعتق ، وفى الحديث : « نهى عن بيع الولاء وعن هبته » والولاء : الموالون ، والموالاةُ ضد المعاداة ، والمعاداة والعداوة بمعنى واحد .

انظر : الصحاح (٦/ ٢٥٣٠) ، والمطلع ص ٣١١ .

واصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة ، وأيضاً بأنه تناصر يوجب الإرث والعقل . والولاء عند الحنفية نوعان : ولاء عتاقة ، وولاء موالاة .

وعرفة الشافعية بأنه : عصوبة ناشئة أخوية حدثت بعد زوال ملك متراخية عن عصوبة النسب تقتضى للمعتق وعصبته الإرث وولاية النكاح والصلاة عليه والعقل عنه .

وعرفه المالكية بأنه : لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب .

وعرفه الحنابلة بأنه : ثبوت حكم شرعى بعتق أو تعاطٍ .

انظر : شرح فتح القدير ٩/ ٢١٨ ، الاختيار ٣/ ٢١١ ، نهاية المحتاج ٨/ ٣٩٤ ، الدسوقى على الشرح الكبير : ٤/ ٤١٥ ، الشرح الصغير ٤/ ١٧٧ ، كشاف القناع ٤/ ٤٩٨ .

المسألة الأولى : أجمعَ العلماءُ على أن من أعتق عبده عن نَفْسه ، فإن وَلاءَهُ له ، وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبة له إذا كان هنالك وَرَثَةٌ لا يَحيطون بالمال ،، فأما كَوْنُ الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله - عليه الصلاة والسلام - في حديث بريرة: « **إِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ** »(١) .

[إذا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ غَيْرِه]

واختلفوا إذا أعتق عبده عن غيره : فقال مالك : الولاءُ للمعتَقِ عَنْهُ لا الذي بَاشَرَ العتق ،، وقال أبو حنيفة ، والشافعي : إن أعتقه عن علم المعتق عنه ، فالولاءُ للمعتق عنه ، وإن أعتقه عن غَيْرِ عِلْمِه ، فالولاءُ للمباشرِ للْعتْقِ ،، وعمدة الحنفية ، والشافعية: ظاهر قوله - عليه الصلاة والسلام - : «**الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ** » ، وقوله - عليه الصلاة والسلام - : « **الْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ** »(١١٢٢) ،، قالوا : فلما لم يَجُزْ أن يلتحق

---

(١) تقدم .

(١١٢٢) صحيح :

أخرجه محمد بن الحسن الشيبانى فى « كتاب الولاء » كما فى « تلخيص الحبير » (٤/ ٢١٣) ، ومن طريقه الشافعى فى « المسند » (٢/ ٧٢) كتاب العتق : باب المكاتب والولاء ، حديث (٢٣٧) ، والحاكم (٤/ ٣٤١) كتاب الفرائض : باب الولاء لحمة كلحمة النسب ، والبيهقى (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء : باب من أعتق مملوكاً له ، كلهم من طريق محمد بن الحسن الشيبانى عن يعقوب بن إبراهيم عن عبد الله ابن دينار عن ابن عمر به .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد .

وتعقبه الذهبى ، فلم يصححه .

الحديث : قال أبو بكر بن زياد النيسابورى : هذا الحديث خطأ ؛ لأن الثقات لم يروه هكذا ، وإنما رواه الحسن مرسلاً ا . هـ وهذا المرسل أخرجه البيهقى (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء : باب من أعتق مملوكاً له .

قال الألبانى فى « الإرواء » (٦/ ١١٠) ، وإسناد هذا المرسل صحيح ، وهو مما يقوى الموصول الذى قبله على ما يقتضيه بحثهم فى المرسل من علوم الحديث ؛ فإن طريق الموصول غير طريق المرسل ليس فيه راو واحد مما فى المرسل ، فلا أرى وجهاً لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوى أحدهما بالآخر .اهـ.

وللحديث طريق أخرى عن ابن دينار عن ابن عمر .

وقد حولف محمد بن الحسن فى هذا الحديث ، خالفه بشر بن الوليد ، فرواه عن يعقوب بن إبراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر .

أخرجه ابن حبان فى صحيحه كما فى « الجوهر النقى » (١٠/ ٢٩٣) ، وتوبع بشر على هذه الرواية فقال ابن التركمانى : وتابع بشراً على ذلك محمد بن الحسن ، فرواه عن أبى يوسف كذلك .

قال البيهقى فى « كتاب المعرفة » : ورواه محمد بن الحسن فى « كتاب الولاء » عن أبى يوسف عن عبيد الله ابن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ا هـ .

ومنه يظهر أن محمد بن الحسن الشيبانى كان يرويه عن عبد الله بن دينار ، ومرة يدخل عبيد الله =

نَسَبٌ بالحر بغير إذنه ، فكذلك الولاءُ »، ومن طريق المعنى ؛ فلأن عِتْقَهُ حريةٌ وقعت في ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاءُ له ، أصله إذا أعتقه عن نفسه .

وعمدة مالك : أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ؛ ولذلك اتفقوا على أنه

= ابن عمر بين يعقوب وعبد الله بن دينار .

وقد تابع بشراً أيضاً على هذه الرواية عبد الله بن نمير :

أخرجه ابن أبى حاتم فى « العلل » (٢/٥٣) ثنا أبو زرعة قال : حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير قال : حدثنى أبى عن عبيد الله بن عمر عبد الله بن دينار عن ابن عمر ؛ أن النبى ﷺ قال : « الولاء لا يباع ولا يوهب » .

٢ - وأخرجه البيهقى (١٠/٢٩٣) من طريق الطبرانى : ثنا يحيى بن عبد الباقى ، ثنا أبو عمير بن النحاس ، ثنا ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال : « الولاء لحمة كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب » .

قال الطبرانى : لم يرو هذا الحديث عن سفيان إلا ضمرة

وقال البيهقى : قد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابى عن ضمرة كما رواه الجماعة : « نهى عن بيع الولاء وعن هبته » فكأن الخطأ وقع من غيره .

٣ - أخرجه ابن عدي فى « الكامل » (٢/٢٣٢) من طريق الحسن بن أبى الحسن المؤذن : ثنا ابن أبى فديك ، ثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ، أن النبى ﷺ قال : «إنما الولاء نسب لا يصلح بيعه ولا شراؤه » .

وقال ابن عدى : منكر الحديث عن الثقات ويقلب الأسانيد - أى الحسن بن أبى الحسن .

وقال : قوله : عن نافع عن عبد الله لا أدرى وهم فيه أو تعمد فأراد تقلب الإسناد ، وإنما أراد أن يقول : عن نافع وعبد الله بن دينار . وللحديث شواهد من حديث على بن أبى طالب وعبد الله بن أبى أوفى :

حديث على ابن أبى طالب :

أخرجه البيهقى (١٠/٢٩٤) كتاب الولاء : باب من أعتق مملوكاً له ، من طريق سفيان عن ابن أبى نجيح عن مجاهد عن على أن ؛ رسول الله ﷺ قال : « الولاء بمنزلة النسب ، لا يباع ولا يوهب » .

حديث عبد الله بن أبى أوفى :

أخرجه ابن عدى فى « الكامل » (٥/١٩٨٨) ، والطبرانى كما فى « مجمع الزوائد » (٤/٢٣٤) من طريق عبيد ابن القاسم عن إسماعيل بن أبى خالد عن ابن أبى أوفى قال : قال رسول الله ﷺ : « الولاء لحمة كلحمة النسب » .

قال ابن عدى : لم يروه عن ابن أبى خالد غير عبيد .

وقال الهيثمى : رواه الطبرانى ، وفيه عبيد بن القاسم ، وهو كذاب . وقول ابن عدى فيه نظر ؛ فقد رواه عن ابن أبى خالد أيضاً يحيى بن هشام السمسار .

أخرجه أبو نعيم فى « تاريخ أصبهان » (٢/٨) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (١٢/٦١) .

والسمسار كذبه ابن معين .

إذا أَذِنَ له المعتقُ عنه كان وَلاؤُهُ له لا للمباشر ،، وعند مالك : أنه من قال لعبده : أنت حُرٌّ لوجه الله ، وللمسلمين ، أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

[وَلاءُ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْه]

المسألة الثانية : اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون وَلاؤُهُ له ؟ فقال مالك ، والشافعي ، والثوري ، وداود ، وجماعة : لا وَلاءَ لَهُ ،، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : له وَلاؤُهُ إذا والاه ؛ وذلك أن مذهبهم أَنَّ لِلرَّجُلِ أن يُوَالِيَ رجلاً آخر ، فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من وَلائه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه ،، وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له وَلاؤُهُ ،، فعمدة الطائفة الأولى قوله ﷺ : «**إِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» [(١)] ، و« إنما » هذه هي التي يُسَمُّونَهَا « الحاصرة » ، وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ،، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره ، أعني : أَلا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر ،، وعمدة الحنفية في إِثْبَاتِ الولاء بالموالاة : قوله تعالى : ﴿ **وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ** ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ** ﴾ [النساء: ٣٣] ،، وحجة من قال : الولاءُ يكونُ بنفس الإسلام فقط : حديث تميم الداري قال : « **سَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنِ الْمُشْرِكِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَيْ مُسْلِمٍ ، فَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ ، وَأَوْلاهُمْ بِحَيَاتِهِ وَمَمَاتِهِ** » [(١١٢٣)] وَقَضَى به عمرُ بن عبد العزيز . وعمدة

---

(١) تقدم .

(١١٢٣) صحيح أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٢٠) رقم (٩٨٧٢) ، وابن أبى شيبة (١١/ ٤٠٨) رقم (١١٦٢٢) ، وأحمد (٤/ ١٠٣) والترمذى (٤/ ٤٢٧) كتاب الفرائض : باب ميراث الذى يسلم على يد رجل ، حديث (٢١١٢) ، وابن ماجة (٢/ ٩١٩) كتاب الفرائض : باب الرجل يسلم على يد الرجل، حديث (٢٧٥٢) ، وسعيد بن منصور (١/ ٩٩) رقم (٢٠٣) ، والدارمى(٢/ ٣٧٧) كتاب الفرائض : باب فى الرجل يولى الرجل ، والفسوى فى « المعرفة والتاريخ » (٢/ ٤٣٩) ، وأبو يعلى فى « مسنده » (١٣/ ١٠٢ - ١٠٣) رقم (٧١٦٥) ، والدارقطنى (٤/ ١٨١ - ١٨٢) كتاب المكاتب : باب الرضاع ، حديث (٣١ ، ٣٢ ، ٣٣) ، والبيهقى (١٠/ ٢٩٦) كتاب الولاء : باب علة حديث روى فيه عن تميم الدارى مرفوعاً ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (٧/ ٥٣) كلهم من طريق عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن عبد الله بن موهب عن تميم الدارى به .

قال الترمذى : هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن وهب - ويقال : ابن موهب - عن تميم الدارى ، وقد أدخل بعضهم بين عبد الله بن وهب وبين تميم الدارى قبيصة بن ذؤيب ، ولا يصح ا هـ.

أما الذين رووه من هذا الطريق :

فقد أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٣) كتاب الفرائض : باب الرجل يسلم على يدى الرجل حديث (٢٩١٨) ، والبخارى فى « التاريخ الكبير » (٥/ ١٩٨) والفسوى فى « المعرفة والتاريخ » (٢/ ٤٣٩) ، والحاكم (٢/ ٢١٩) =

....

كتاب المكاتب : باب يؤدى المكاتب بقدر ما عتق منه ، والبيهقى (١٠/ ٢٩٧) كتاب الولاء : باب علة حديث روى فيه عن تميم الدارى مرفوعاً ، كلهم من طريق يحيى بن حمزة ثنا عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز قال : سمعت عبد الله بن موهب يحدث عمر بن عبد العزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الدارى قال : يا رسول الله ؛ ما السنة فى الرجل الكافر يسلم على يدى المسلم ؟ فقال رسول الله ﷺ : « هو أولى الناس به حياته ومماته » . وقد قوى أبو زرعة هذا الطريق ، فقال فى « تاريخه » (١/ ٥٧١) : هذا حديث متصل حسن المخرج والاتصال لم نر أحداً من أهل العلم يدفعه ا هـ .

قلت : دفعه أبو حاتم فرجح الطريق الأول عليه ، وهو الطريق الذى ليس فيه قبيصة بن ذؤيب .

فقال ولده فى « العلل » (٢/ ٥٢) رقم (١٦٤٢) : سألت أبى عن حديث رواه يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الدارى عن النبى ﷺ فى الرجل يسلم على يد الرجل قال أبى : حدثنا أبو نعيم عن عبد العزيز عن ابن موهب قال : سمعت تميمًا الدارى عن النبى ﷺ قال أبى : أبو نعيم أحفظ وأتقن ، قلت لأبى : يحيى بن حمزة أفهم بأهل بلده ، قال : أبو نعيم فى كل شىء أحفظ وأتقن ا هـ .

وقد اختلف فى « تضعيف هذا الحديث وتصحيحه » . فضعفه الشافعى .

قال البيهقى فى « المعرفة » (٧/ ٥١٠) : قال الشافعى : إنه ليس بثابت ، إنما يرويه عبد العزيز ابن عمر عن ابن موهب عن تميم الدارى ، وابن موهب ليس معروفاً عندنا ، ولا نعلمه لقى تميماً الدارى . وضعفه أحمد .

قال الخطابى فى « معالم السنن » (٤/ ١٠٤) : وضعف أحمد بن حنبل حديث تميم الدارى هذا وقال : عبد العزيز راويه ليس من أهل الحفظ والإتقان ا هـ .

قلت : وقد رجح أحمد بن حنبل طريق ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم .

فقال العلائى فى « جامع التحصيل » (ص ٢١٧) : وقال أحمد بن حنبل فى حديثه عن تميم : قلت : يا رسول الله : أرأيت الرجل من أهل الكتاب يسلم على يدى الرجل .. الحديث : إنما هو ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن عميم .

وضعفه ابن المنذر . فقال كما فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) : لم يروه غير عبد العزيز بن عمر ، وهو شيخ ليس من أهل الحفظ وقد اضطربت روايته فيه . وضعفه البيهقى ،

فقال فى « مناقب الشافعى » كما فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) : وقد صرح بعض الرواة فيه بسماع ابن موهب من تميم ، وضعفه البخارى ، وأدخل بعضهم بينه وبين تميم قبيصة ، وهو أيضاً ضعيف ا هـ .

وضعفه ابن القطان :

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) : وقال ابن القطان فى « كتابه » وعلة هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب ، فإنه لا يعرف حاله ، وكان قاضى « فلسطين » ولم يعرفه ابن معين، وقد اختلفوا فيه على عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز ، فرواه الترمذى من حديث أبى أسامة وابن نمير ووكيع عن عبد الله بن موهب عن تميم الدارى ، ورواه يحيى بن حمزة عنه ، فأدخل بينهما قبيصة بن ذؤيب ، وهو الأصوب ، وعبد العزيز هذا ليس به بأس ، والحديث من أجل عبد الله بن موهب هذا لا يصح اهـ .

ويتلخص مما سبق أن هذا الحديث أعل بعدة علل ، وهى جهالة عبد الله بن موهب ، الانقطاع بين =

... ...

= عبد الله بن موهب ، الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم ، ضعف حفظ عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز .

الإجابة عن هذه العلل وتفنيدها :

أما العلة الأولى وهى جهالة عبد الله بن موهب ، وبها أعله الشافعى وابن القطان ، أما هو فقد وثقه العجلى والفسوى .

فقال العجلى فى « تاريخ الثقات » رقم (٨٩٥) : شامى ثقة .

وقال الفسوى فى « المعرفة والتاريخ » (٢/ ٤٣٩) : ثقة .

وذكره البخارى فى « التاريخ الكبير » (٥/ ١٩٨ - ١٩٩) ولم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً .

وقال الذهبى فى « الكاشف » رقم (٢/ ١٣٥) : صدوق .

وقال الحافظ فى « التقريب » (١/ ٤٥٥) رقم (٦٧٦) : ثقة .

أما قول ابن القطان : أن ابن معين لم يعرفه ، فلا حجة فيه ، فقد عرفه غيره ووثقه أيضاً .

أما العلة الثانية ، وهى الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم الدارى ، والتى أعل الحديث بها البخارى فى « تاريخه الكبير » والشافعى ويعقوب بن سفيان والبيهقى وغيرهم ، فلا يوجد انقطاع بينهما كما سيأتى بيانه .

فقد صرح عبد الله بن موهب بسماع هذا الحديث من تميم الدراى رضى الله عنه .

وقد وقع تصريحه بالسماع من تميم عند ابن أبى شيبة ، وأحمد ، والدارمى ، وابن ماجه ، والدارقطنى ، ويعقوب بن سفيان ، وابن أبى حاتم فى « العلل » ، والبيهقى ؛ لتزول بذلك علة الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم الدارى .

وإن سلمنا بالانقطاع بينهما ، فقد رواه عبد الله بن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن عميم الدارى .

وقد رجح هذا الطريق أبو زرعة وابن القطان فى كتابه ، والذى يظهر من ذلك أن عبد الله بن موهب كان يرويه على الوجهين ، فمرة يرويه عن تميم الدارى ، وأخرى يرويه عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم .

أما العلة الثالثة ، وهى ضعف حفظ عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز ، وقد أعل الحديث بهذه العلة أحمد بن حنبل وابن المنذر كما فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) .

وقد تعقبهما الزيلعى فقال : عبد العزيز هذا من رجال الصحيحين ، وقال ابن معين : ثقة روى يسيراً ، وقال أبو زرعة : لا بأس به ، وقال أبو نعيم : ثقة ، وقال ابن عمار : « ثقة لا اختلاف فيه» ا هـ .

وقال ابن القطان فى كتابه كما فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) : وعبد العزيز هذا ليس به بأس ا هـ .

قلت : وقد وثقه أيضاً أبو داود فقال : ثقة ، وقال النسائي : ليس به بأس . وذكره ابن حبان فى « الثقات » ينظر التهذيب (٦/ ٣٥٠) .

وبهذا تزول العلل التى أعل بها هذا الحديث .

والحديث حسنه ابن القيم فى « تهذيب سنن أبى داود » (٤/ ١٨٦) ، وحسنه أبو زرعة الدمشقى كما تقدم فقال : وهذا حديث حسن متصل ، لم أر أحداً من أهل العلم يدفعه .

وذكره الألبانى فى « السلسلة الصحيحة » (٥/ ٤٠٣) ، وقال : فالحديث على أقل الدرجات حسن ا هـ .

وللحديث شواهد من حديث أبى أمامة ، وعمرو بن العاص ، وراشد بن سعد .

حديث أبى أمامة :

=

... ...

أخرجه سعيد بن منصور فى « سننه » (١/ ٩٨ - ٩٩) رقم (٢٠٠) ، والدارقطنى (٤/ ١٨١) كتاب الرضاع : حديث (٣٢) ، والبيهقى (٢٩٨/١٠) كتاب الولاء ، والطبرانى فى « الكبير » (٨/ ٢٢٣) رقم (٧٧٨١) ، ومسدد فى « مسنده » كما فى « المطالب العالية » (١/ ٤٤٣) رقم (١٤٨١) ، وابن عدى فى « الكامل » (٦/ ٣٩٩) كلهم من طريق معاوية بن يحيى الصدفى عن القاسم عن أبى أمامة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه » .

وهذا الحديث ضعيف من أجل معاوية بن يحيى الصدفى .

قال الدارقطنى : الصدفى ضعيف .

وأسند ابن عدى تضعيفه عن ابن معين والنسائى وابن المدينى والسعدى ، فقال ابن معين : ليس بشىء .

وقال ابن المدينى : ضعيف .

وقال النسائى : ضعيف .

وقال السعدى : ذاهب الحديث .

وقال ابن عدى : عامة رواياته فيها نظر .

والحديث ذكره ابن أبى حاتم فى « العلل » (٢/ ٥٣) رقم (١٢٤٦) ، وقال : وسمعت أبا زرعة وقرأ علينا كتاب الفرائض ، فانتهى إلى حديث كان عنده عن عمرو الناقد عن عيسى بن يونس عن معاوية ابن يحيى عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى أمامة عن النبى ﷺ أنه قال : « من أسلم على يديه رجل فهو ولاؤه » فامتنع أبو زرعة من قراءته علينا ، ولم نسمعه منه ا هـ .

وذكره أيضاً الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٥/ ٣٣٧) ، وقال : رواه الطبرانى وفيه معاوية بن يحيى الصدفى، وهو ضعيف ا هـ .

وذكره الحافظ ابن حجر فى « المطالب العالية » (١٤٨١) ، وعزاه لمسدد .

لكن معاوية بن يحيى الصدفى لم ينفرد به ، بل تابعه جعفر بن الزبير عن القاسم عن أبى أمامة بنحوه :

أخرجه ابن عدي فى « الكامل » (٢/ ١٣٥) ، والبيهقى (٢٩٨/١٠) كتاب الولاء ، وابن الجوزى فى « الموضوعات » (٣/ ٢٣٠) من طريق جعفر بن الزبير عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى أمامة أن رسول الله ﷺ قال : « من أسلم على يدى رجل فله ولاؤه » .

وقال ابن الجوزى : جعفر يكذب ، وتابعه معاوية بن يحيى الصدفى ، وليس بشىء .

وقد اسند ابن عدى عن البخارى والنسائي ويحيى والفلاس والسعدى .

فقال البخارى : متروك الحديث ، تركوه . وقال النسائي : متروك الحديث . وقال يحيى بن معين: ليس بثقة . وقال الفلاس : متروك .

وقال السعدى : نبذوا حديثه .

وقال ابن عدي : والضعف على حديثه بين .

وقال الزيلعى فى « نصب الراية » (٤/ ١٥٧) : وذكره عبد الحق فى « أحكامه » من جهة ابن عدي، وقال : جعفر متروك ، وكان رجلاً صالحاً ا هـ .

حديث عمرو بن العاص : =

الفريق الأول : أن قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ منسوخة بآية المواريث، وأن ذلك كان في صدر الإسلام .

[أَيُّ أَنْوَاعِ الْوَلاءِ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ ؟]

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته ؛ لثبوت نهيه - عليه الصلاة والسلام-(١١٢٤) عن ذلك إلا ولاء السَّائِبَةِ .

أخرجه إسحاق بن راهويه فى « مسنده » كما فى « نصب الراية » (٤/١٥٧ - ١٥٨) حدثنا بقية ابن الوليد ، حدثنى كثير بن مرة النهرانى ، ثنا شيخ من باهلة عن عمرو بن العاص ؛ أنه أتى رسول الله ﷺ فقال : « إن رجلاً أسلم على يدى وله مال وقد مات قال : « فلك ميراثه ».

ومن طريق إسحاق رواه الطبرانى .

والحديث ذكره الهيثمى فى « مجمع الزوائد » (٤/٢٣٥) ، وقال : رواه الطبرانى من رواية بقية قال: حدثنى كثير بن مرة ، فإن كان سمع منه فالحديث صحيح ا هـ .

قلت : أنى له الصحة وفيه جهالة الشيخ الذى حدث عن عمرو بن العاص ؟ .

مرسل راشد بن سعد :

أخرجه سعيد بن منصور فى « سننه » (١/٩٩) رقم (٢٠١ ، ٢٠٢) من طريق الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد قال : سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يسلم على يدى الرجل قال : « هو أولى الناس به يرثه ويعقل عنه » والأحوص ضعيف .

قال الحافظ فى « التقريب » (١/٤٩) رقم (٣٢٨) : ضعيف الحفظ . وهذا الحديث ذكره الحافظ ابن حجر فى « المطالب العالية » (١/٤٤٣) رقم (١٤٨٠) ، وعزاه لمسدد .

والحديث - أى حديث تميم الدارى - بشواهده من حديث أبى أمامة ، وعمرو بن العاص ، ومرسل راشد بن سعد لا يشك منصف فى صحته .

(١١٢٤) أخرجه مالك (٢/٧٨٣) كتاب العتق والولاء : باب مصير الولاء لمن أعتق ، حديث (٢٠) ، والبخارى (٥/١٦٧) كتاب العتق : باب بيع الولاء وهبته حديث (٢٥٣٥) ، ومسلم (٢/١١٤٥) كتاب العتق : باب النهى عن بيع الولاء وهبته ، حديث (١٦/١٥٠٦) ، وأبو داود (٣/٣٣٤) كتاب الفرائض : باب فى بيع الولاء ، حديث (٢٩١٩) ، والنسائي (٧/٣٠٦) كتاب البيوع: باب بيع الولاء ، والترمذى (٣/٥٣٧) ، كتاب البيوع : باب كراهية بيع الولاء وهبته ، حديث (١٢٣٦) ، وابن ماجه (٢/٩١٨) كتاب الفرائض : باب النهى عن بيع الولاء وعن هبته حديث (٢٧٤٧) ، وأحمد (٢، ٩ ، ٧٩) ، والطيالسى رقم (١٨٨٥) ، والحميدى (٢/٢٨٥) رقم (٦٣٩) ، وابن الجارود (٩٧٨) ، وابن حبان (٤٩٢٧ - الإحسان) من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته .

وقال الترمذى : حسن صحيح غريب .

وقد تقدم تخريجه فى « كتاب البيوع » .

[وَلاءُ مَنْ قَالَ لَهُ سَيِّدُه : أَنْتَ سَائِبَةٌ]

المسألة الثالثة : اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده : أنت سائبة (١) : فقال مالك : وَلاؤُهُ وعقلُه للمسلمين ، وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين ، إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون وَلاؤُهُ لَهُ ، ، وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ؛ وبه قال أحمد ، وداود ، وأبو ثور ، ، وقالت طائفة : له أن يَجْعَلَ وَلاءَهُ حيث شاء ، وإن لم يُوَالِ أحداً كان وَلاؤُهُ للمسلمين ؛ وبه قال الليث ، والأوزاعي ، ، وكان إبراهيم ، والشعبي يقولان : لا بَأْسَ ببيعِ ولاءِ السائبة وَهِبَتِهِ ، ، وحجة هؤلاء : هي الحججُ المتقدمة في المسألة التي قبلها ، ، وأما من أجاز بَيْعَهُ فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

[لِمَنْ وَلاءُ العبدِ المسلمِ إذا أعتقه النَّصْرَانيُّ ؟]

المسألة الرابعة : اختلف العلماءُ في ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عليه لمن يكون ؟ فقال مالك ، وأصحابه : وَلاؤُهُ للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يَعُدْ إِلَيْهِ وَلاؤُهُ ولا ميراثه ، ، وقال الجمهور : وَلاؤُهُ لسيده ، فإن أسلم كان له مِيرَاثُهُ (٢) .

---

(١) قال ابن قدامة : قال أحمد في رواية عبد الله : الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده: قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ، ولا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه . قال أبو عمر والشيباني: عن عبد الله بن مسعود : السائبة يضع ماله حيث شاء . وقال أحمد : قال عمر : السائبة والصدقة ليومها ، ومتى قال الرجل لعبده : أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لى عليك ، لم يكن عليه ولاء.

وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك : يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين . وعن عطاء الله أنه قال : كنا نعلم أنه إذا قال : أنت حر سائبة فهو يوالى من شاء ، ولعل أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر . والولاء للمعتق . وهذا قول النخعى والشعبى وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعى وأهل العراق ؛ لقوله عليه السلام: « الولاء لمن أعتق » ، « وجعله لحمة كلحمة النسب » . فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط ، لا يزول ولاء عن معتق ، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبى ﷺ : « اشتريها واشترطى لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق » يعنى أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء عن المعتق .

ينظر : المغنى : ٦/٣٥٣ .

(٢) قال ابن قدامة : إن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لعموم قول النبى ﷺ : « الولاء لمن أعتق » ولقوله : « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء ، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى والأنثى على الذكر ولكل معتق ، لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد ، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؛ فيه روايتان .

إحداهما : يرثه . روى ذلك عن عليّ وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر ، واحتج أحمد بقول عليّ : **الولاء شعبة من الرق** ، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصرانى لأنه يصح له تملكه ولا يرث النصرانى مولاه المسلم ؛ لأنه لا يصح له تملكه ، وجمهور العلماء على أنه =

وعمدة الجمهور : أن الولاءَ كالنَّسَبِ ، وأنه إذا أسلم الأبُ بعد إسلام الابن أنه يرثه، فكذلك العبد .

وأما عمدَةُ مالك : فعموم قوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [النساء : ١٤١] ، فهو يقول : إنه لَمَّا لم يَجِبْ له الوَلاءُ يوم العتق ، لَم يَجِبْ له فيما بعد ،، وأما إذا وَجَبَ له يومَ العتق ، ثم طرأَ عليه مَانِعٌ من وجوبه ، فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له .

[إِذَا أَعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ النَّصْرَانِيَّ ، وكذلك الْحَرْبِيُّ]

لذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصراني الذمي عبدَهُ النصراني قبل أن يسلم أحدهما ، ثم أسلم العبد أن الولاء يَرْتَفِعُ ، فإن أسلم المولى عاد إليه ،، وإن كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا مسلمين : فقال مالك : هو مَوْلاهُ يرثه ،، وقال أبو حنيفة : لا وَلاءَ بَيْنَهُمَا ، وللعبد أن يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ على مذهبه في الولاء والتحالف ،، وخالف أشهبُ مالكاً فقال : إِذَا أَسْلَمَ الْعَبْدُ قبل المولى ، لم يَعُدْ إلى المولى وَلاؤُهُ أبداً .

وقال ابن القاسم : يعود ؛ وهو معنى قول مالك ؛ لأن مالكاً يعتبر وَقْتَ العتق ،، وهذه المسائل كُلُّهَا هي مفروضة في القول لا تقع بعد ، فإنه ليس من دين النصارى [(١)] أن يسترق بعضهم بعضاً ، ولا من دين اليهودية فيما يعتقدونه في هذا الوقت ، ويزعمون أنه من ملتهم .

[مَتَى يَكُونُ لِلْمَرْأَةِ وَلاءٌ ؟]

المسألة الخامسة : أجمع جمهورُ العلماءِ علىَ أن النساءَ ليس لهن مَدْخَلٌ في وراثة الولاء، إلا من بَاشَرْنَ عِتْقَهُ بأنفسهن ، أو ما جر إليهن من باشرن عتقه ، إما بولاء أو بنسب؛ مثل : معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يَرِثْنَ معتق من يرثنه ، إلا ما حُكِيَ عن

= لا يرثه مع اختلاف دينهما ؛ لقول النبى ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب . ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق ، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن النبى ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله : « الولاء لحمة كلحمة النسب » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته فإذا اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصح فى الأثر والنظر إن شاء الله تعالى فإن كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده . وقال داود لا يرث عصبته مع حياته .

ينظر : المغنى : ٣٤٩/٦ - ٣٥٠ .

(١) فى الأصل : النصرانى .

شريح ، وعمدته : أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها ، كان لها ولاء ما أعتقه مورثها قياساً على الرَّجُلِ ، وهذا هو الذي يَعْرِفُونَهُ بـ« قياسِ المعنى » ، وهو أَرْفَعُ مَـرَاتِبِ القياس ، وإنما الذي يوهنه الشُّذُوذُ .

وعمدة الجمهور: أَنَّ الولاءَ إنما وجب للنعمة التي كانت للمعتِقِ على المعتَقِ ، وهذه النعمةُ إنما تُوجَدَ فيمن بَاشَرَ الْعِتْقَ ، أو كان من سَبَبٍ قَوِي من أسبابه ، وهم العصبة .

[الْفَصْلُ الثَّانِي] :

[تَرْتِيبُ أَهْلِ الْوَلاءِ فِي الْوَلاءِ]

قال القاضي : إذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له وَلاءٌ ، فبقى النظرُ فى ترتيب أهل الولاء في الولاء .

[الْوَلاءُ لِلْكِبَرِ]

فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسألة التي يعرفونها بـ« الولاء للكبر » مثال ذلك : رَجُلٌ أعتق عبداً ، ثم مات ذلك الرجلُ ، وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أَحَدُ الأخوين ، وترك ابناً أو أحد الابنين [1] : فقال الجمهور فى هذه المسألة : إن حَظَّ الأَخِ الميتِ من الولاء لا يرثه عنه ابْنُهُ ، وهوَ رَاجِعٌ إلى أخيه ؛ لأنه أَحَقُّ به من ابنه ، بخلاف الميراثِ ؛ لأن الْحَجْبَ في الميراثِ يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر للعتق ؛ وهو مروي عن عمر بن الخطاب ، وعليّ ، وعثمان ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت من الصحابة .

وقال شريح ، وطائفة من أهل « البصرة » : حَقُّ الأَخِ الميتِ في هذه المسألة لِبَنِيهِ ،، وعمدةُ هؤلاء تشبيهُ الولاء بالميراث ،، وعمدة الفريق الأول : أن الولاءَ نَسَبٌ مبدؤه من المباشر .

[مَسْأَلَةُ جَرِّ الْوَلاءِ]

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المَسْأَلَةُ التي تعرَف بـ« جر الولاء » ، وصورتها : أن يكون عبدٌ له بَنُونَ من أَمَة ، فأعتقت الأمةُ ، ثم أعتق العبدُ بعد ذلك ؛ فإن العلماء اختلفوا لمن يكون وَلاءُ البنِين إذا أعتق الأب ؛ وذلك أنهم اتفقوا على أن وَلاءَهُمْ بعد عتق الأم ، إذا لم يَمَسَّ المولودَ الرقُّ في بطن أمه ؛ وذلك يكون إذا تَزَوَّجَهَا العبدُ بعد العتق ، وقبل عِتْقِ الأَبِ – هو لموالي الأم .

---

(١) فى الأصل : الأخوين .

[إِذَا أُعْتِقَ الأَبُ ، هَل يَجُرُّ وَلاءَ بنيه أم لا]؟

واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه ، أم لا يجرّ ؟ فذهب الجمهور ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأصحابهم ، إلى أنه يجرّ ؛ وبه قال عليّ - رضى الله عنه - وابن مسعود ، والزُّبَيْر ، وعثمان بن عفان ،، وقال عطاء ، وعكرمة ، وابن شِهَابِ ، وجماعة : لا يَجُرُّ وَلاءَهُ ؛ وروي عن عمر ، وقضي به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد رُوِيَ عن عُمَرَ مثل قول الجمهور .

وعمدة الجمهور : أن الولاءَ مُشَبَّهٌ بِالنَّسَبِ ، والنسبُ للأب دون الأم (١) .

وعمدة الفريق الثاني : أن البنينَ لما كانوا في الحرية تَابِعِينَ ، لأمهم كانوا في مُوجِبِ الحريَّةِ تابعين لها ، وهو الولاءُ .

[هَلْ يَجُرُّ الْجَدُّ وَلاءَ حَفَدَته إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْداً]

وذهب مالك إلى أن الجد يَجُرُّ ولاءَ

---

(١) قال ابن قدامة : ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة . أحدهما : أن يكون الأب عبداً حين الولادة ، فإن كان حراً وزوجته مولاة ، لم يخل ، إما أن يكون حر الأصل فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال ، وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه آبتداء ، ولا حر فيه . الثانى : أن تكون الأم مولاة، فإن لم تكن كذلك لم تخل ، إما أن تكون حرة الأصل ، فلا ولاء على ولدها بحال ، وهم أحرار بحريتها ، أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال ، سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعتقها ، لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة ، فلا ينجر عن المعتق . لقوله عليه السلام : « الولاء لمن أعتق » وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر ، فقد مسه الرق ، وعتق بالمباشرة ، فلا ينجر ولاؤه ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية ، لم يحكم بمس الرق له وأنجر ولاؤه ، لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وإن كانت المرأة بائناً وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب ، وكان ولاؤه لمولى أمه ، وإن أتت به لأقل من ذلك لحقه الولد ، وأنجز ولاؤه وولد الأمة مملوك ، سواء كان من نكاح أو من سفاح عربياً كان الزوج أو أعجمياً ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وعن عمر : إن زوجها عربياً فولده حر وعليه قيمته ، ولا ولاء عليه ، وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن المسيب والثورى والأوزاعى ، وأبو ثور ، وبه قال الشافعى : فى القديم ثم رجع عنه ، والأول أولى لأن أمهم أمة فكانوا عبيداً ، كما لو كان أبوهم أعجمياً .

الثالث : أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق لم ينجز الولاء بحال ، وهذا لا خلاف فيه ، فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم فى الأب بعد موته ، فقال سيده : مات حراً بعد جر الولاء ، وأنكر ذلك مولى الأم ، فالقول قول مولى الأم ذكره أبو بكر لأن الأصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعى.

ينظر : المغنى : ٦/٣٦١ - ٣٦٢ .

حفدته إذا كان أبوهم عبداً ، إلا أن يعتق الأب ؛ وبه قال الشافعي ، ، وخالفه في ذلك الكوفيون ، واعتمدوا في ذلك على أن وَلاَءَ الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهَةِ الأَبِ ، وإذا لم يكن للأب ولاء ، فأحرى أَلا يكونَ لِلْجَدِّ ، ، وعمدة الفريق الثاني : أن عبوديَةَ الأب هي كَمَوْتِهِ ، فوجب أن ينتقلَ الولاءُ إلى أبى الأب .

[الأَبْنَاءُ أَحَقُّ مِنَ الآبَاءِ بالْوَلاءِ]

وَلا خِلاف بين من يقول بأن الولاءَ للعصبة - فيما أعلم - أن الأبناءَ أَحَقُّ من الآباء، وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فُقِدَ العمودُ الأَسْفَلُ بخلافِ الميراث ؛ لأن البُنُوَّةَ عندهم أَقْوَى تعصيباً من الأبوة ، والأبَ أَضْعَفُ تعصيباً ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد ، ، وعند الشافعي وأبى حنيفة الجدُّ أقعد منهم .

وسبب الخلاف : من أقربُ نسباً ، وأقوى تعصيباً ، وليس يورث بالولاء جزء مفروض ، وإنما يورث تعصيباً ، فإذا مات المولى الأسفل ، ولم يكن له ورثة أصلاً ، أو كان له ورثة لا يُحِيطُونَ بالميراث ، كان عاصبه المولى الأعلى ، ، وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نَسَبٍ ، أعني : بناته ، وبَنِيه ، وبنى بنيه .

[لِمَنِ الوَلاءُ إِذَا مَاتَت امرأَةٌ ولها وَلاءٌ ، وَوَلَدٌ ، وعصبة]

وفى هذا الباب مسألة مشهورة ، وهي إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصَبتها ؛ لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء لِلعَصَبَةِ ، وهو قول عليّ بن أبي طالب ، ، وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاءُ الأمصار ، وهو مُخَالِفٌ لأهل هذا السَّلَفِ ؛ لأن ابن المرأةِ ليس من عَصَبَتِيها .

تم كتاب الفرائض والولاء ، والحمد لله حق حمده .

* * *

بسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدنا محمَد ، وعلى آله وصَحبه وسلم تسليماً

كتَابُ الْعتْق (١)

[المواضعُ الَّتَى يُنْظَرُ إليهَا فيَ هذا الكتاب]

والنظر في هذا الكتاب : فيمن يَصِحُّ عتقه ، ومن لا يصح ، ومن يلزمه ، ومن لا يلزمه ، اعني : بالشرع ، وفي أَلْفَاظِ العتق ، وفي الأيمان به ، وفي أحكامه ، وفي الشروط الواقعة فيه ، ، ونحن إنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع .

[مَنْ يَصِحُّ عتْقُهُ ؟]

فأما من يصح عتقه : فإنهم أجمعوا على أنه يَصِحُّ عتْقُ المالكِ التامِّ الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم ، واختلفوا في عِتْقِ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بماله ، وفي عتق المريض ، وحكمه .

---

(١) العتق لغة : الحرية ، يقال منه : عتق يعتق عتقاً ، وعتقاً : بكسر العين وفتحها ، عن صاحب « المحكم » وغيره ، وعتيقة وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق ، وعاتق : حكاها الجوهرى ، وهم عتقاء، وأمة عتيق ، وعتيقة ، وإماء عتائق ، وحلف بالعَتَاق ، بفتح العين ، أى : بالإعتاق . قال الأزهرى : هو مشتق من قولهم : عتق الفرس : إذا سبق ونجا ، وعتق الفرخ : إذا طار واستقل ، لأن العبد يتخلص بالعتق ، ويذهب حيث يشاء ، قال الأزهرى ، وغيره ، إنما قيل لمن أعتق نسمة : إنه أعتق رقبة ، وفك رقبة ، فخُصت الرقبة دون سائر الأعضاء ، مع أن العتق يتناول الجميع ؛ لأن حكم السيد عليه ، وملكه له كحبل فى رقبته ، وكالغل المانع له من الخروج ، فإذا أعتق ، فكأن رقبته أطلقت من ذلك .

انظر : ترتيب القاموس : ١٢٩/٣ ، والمطلع (ص ٣١٤) .

اصطلاحاً :

عرفه الحنفية بأنه : خروج الرقيق عن الملك لله تعالى .

عرفه الشافعية بأنه : إزالة الرق عن الآدمى .

عرفه المالكية بأنه : خلوص الرقيق من الرق بصيغة .

عرفه الحنابلة بأنه : تحرير الرقيق وتخليصه من الرق .

انظر : البحر الرائق : ٢٣٨/٤ ، تبيين الحقائق : ٦٦/٣ ، مغنى المحتاج : ٤٩١/٤ ، بلغة السالك ٤٤١/٢ ، كشف القناع ٥٠٨/٤ ، الكافى ٩٦١/٢ ، الإشراف : ٣٧١/٢

[عِتقُ مَنْ أَحاطَ الدَّيْنُ بِمَالِه]

فأما من أحاط الدَّيْن بماله : فإن العلماء اختلفوا في جَوَازِ عِتْقِهِ : فقال أكثرُ أهل «المدينة»[1] : مالك ، وغيره : لا يجوزُ ذلك ؛ وبه قال الأوزاعي ، والليث ،، وقال فقهاءُ « العراق » : ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكمُ ؛ وذلك عند من يَرَى التَّحْجِيرَ منهم ،، وقد يتخرجُ عن مالك في ذلك الجوازُ ؛ قياساً على ما رُوِيَ عنه في الرَّهْنِ أنه يجوز ، وإن أحاط الدَّينُ بمال الراهن ما لم يحجر عليه الحاكم .

وعمدة من منع عِتْقَهُ : أن ماله في تلك الحال مُسْتَحَقٌّ للغرماء، فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عِوَضٍ ، وهي العلةُ التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف ، والأحكام يجب أن توجد مع وُجُودِ عِلَلِهَا ، وتحجير الحاكم ليس بِعِلَّةٍ ، وإنما هو حُكْمٌ واجبٌ من موجبات العلة ، فلا اعتبار بوقوعه .

وعمدةُ الفريقِ الثَّانِي : أنه قد انعقد الإجماعُ على أن له أن يَطَأَ جاريته ، ويحبلها ، ولا يرد شيئاً مما أنفقه من ماله على نفسه [وعياله] [2] حتى يضربَ الحاكمُ على يَدَيْهِ ، فوجب أن يكونَ حكمُ تصرفاته هذا الحكم ؛ وهذا هو قول الشافعي .

[الْقَوْلُ في عِتقِ غَيرِ الْمُحْتَلِمِ ، وَالْمَحْجُورِ]

ولا خِلافَ عند الجميع بأنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم ما لم تكن وصية منه ، وكذلك المحجورُ ، ولا يجوز عند العلماء عِتْقُهُ لشيء من مماليكه إلا مالكاً ، وأكثر أصحابه ؛ فإنهم أجازوا عِتْقَهُ لأُمِّ وَلَدِه .

[عِتْقُ الْمَرِيضِ]

وأما المريضُ : فالجمهور على أن عتقه إن صَحَّ وقع ، وإن مات كان من الثلث ،، وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح ،، وعمدة الجمهور : حديث عمران بن الحصين : « **أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ ...** »[3] الحديث على ما تقدم .

[مَنْ يَدْخُلُ عَلَيْهِمُ العتقُ كَرْهاً]

وأما من يدخل عليهم العتق كرها[4] **فهم ثلاثة: مَنْ بَعَّضَ العتق** ، وهذا متفق عليه في أحد قِسْمَيْهِ ، واثنان مختلف فيهما ؛ وهما مَنْ ملك من يعتق عليه ، ومن مَثَّلَ بعبده .

---

(١) فى الأصل : العلم .

(٢) سقط فى ط .

(٣) تقدم .

(٤) فى الأصل : طوعاً .

[مَنْ بعَّضَ الْعتْقَ]

فأما من بعَّض العتق ، فإنه ينقسم قسمين : أَحدهما : من وقع تبعيضُ العتق منه ، وليس له من العبد إلا الجزء المعتق .

والثاني : أن يكون يملك العبد كله ، ولكن بعَّض عتْقَهُ اختياراً منه .

[الْعَبْدُ بين الرَّجُلَيْن يَعْتقُ أَحَدُهُمَا نَصيبَهُ]

فأما العبدُ بين الرجلين يعتق أحدهما حظَه منه : فإن الفقهاء اَختلفوا في حكم ذلك :

فقال مالك ، والشافعي ، وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسراً ، قُوِّم عليه نصيبُ شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه ، وعتق الكل عليه ، وكان ولاؤُهُ له ، وإن كان المعتق معسراً لم يلزمه شَيْءٌ ، وبقي المعتق بعضه عبداً ، وأحكامه أحكام العبد .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : وإن كان معسراً سَعَى الْعَبْدُ في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه ، وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ، ويكون ولاؤُه للأول ؛ وبه قال الأوزاعي ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى جعَلا للعبدِ أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر .

[شَريكُ الْمُعْتق]

أما شريك المعتق : فإن الجمهور علىَ أن له الخَيارَ في أن يعتق ، أو يقومَ نَصِيبه على المعتق .

وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثَلاثَةُ خيارات : أحدها : أن يعتق كما أعتق شَرِيكُهُ ، ويكون الولاءُ بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهما ، والخيار الثاني : أن تقوم عليه حصته .

والثالث : أن يكلف العبد السعي في ذلك إن شاء ، ويكون الولاءُ بينهما ، وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ، ويكون الولاءُ كله للمعتق .

وعمدة مالك ، والشافعي : حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « **مَنْ أَعْتَقَ شرْكًا لَهُ في عَبْد ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْد ، قُوِّمَ عَلَيْه قيمَةُ الْعَدْل ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ ، وَعَتَقَ عَلَيْه الْعَبْدُ ، وإلا فَقَدْ عتَقَ [منْهُ]** [1] **مَا عَتَقَ** » [2] .

وعمدة محمد ، وأبي يوسف صَاحِبَيْ أبي حنيفة ، ومن يقول بقولهم : حديث أبي

---

(١) في الأصل : عليه .

(٢) تقدم برقم (١٠٨٨) .

هريرة أن النبي ﷺ قال : « **مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ فِي عَبْد ، فَخَلاصُهُ مَالُه إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْه** »(١١٢٥) ، ، وكلا الحديثين خرجه أهل ـــــ

(١٢٢٥) أخرجه البخارى (٥/ ١٣٢) كتاب الشركة : باب تقويم الأشياء بين الشركاء حديث (٢٤٩٢) ، (٥/ ١٥٦) كتاب العتق : باب من أعتق نصيباً فى عبد حديث (٢٥٢٦) ، ومسلم (٢/ ١١٤١) كتاب العتق : باب ذكر سعاية العبد حديث (٤/ ١٥٠٣) ، (٣/ ١٢٨٧) كتاب الأيمان : باب من أعتق شركاً له فى عبد حديث (٥٤/ ١٥٠١) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٥) كتاب العتق : باب ذكر السعاية حديث (٣٩٣٧ ، ٣٩٣٨) ، والترمذى (٣/ ٦٣٠) كتاب الأحكام : باب العبد يكون بين الرجلين حديث (١٣٤٨) ، والنسائي فى « الكبرى » (٣/ ١٨٥) ، كتاب العتق : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين خبر أبى هريرة فى ذلك والاختلاف على قتادة فيه حديث (٤٩٦٢ ، ٤٩٦٣ ، ٤٩٦٤ ، ٤٩٦٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتُق : باب من أعتق شركاً له فى عبد حديث (٢٥٢٧) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٧) كتاب العتاق : باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما ، والدراقطنى (٤/ ١٢٨) كتاب المكاتب حديث (١٢) ، والبيهقى (١٠/ ٢٨٠ - ٢٨١) كتاب العتق : باب من قال فى المعسر يستسعى العبد فى « نصيب صاحبه » ، وأحمد (٢/ ٤٢٦) ، والبغوى فى « شرح السُّنَّة » (٥/ ٢٥٧ - بتحقيقنا) من طرق كثيرة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « من أعتق شقصاً له فى عبد ، فخلاصه فى ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مشقوق عليه » .

وقال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وقال البغوى : وروى شعبة وهشام هذا الحديث عن قتادة ، وهما أثبت من روى عن قتادة ولم يذكرا فيه السعاية ، ورواه همام عن قتادة وجعل ذكر السعاية من كلام قتادة ولم يجعله من متن الحديث. ا هـ .

شرح كلام البغوى والتعقيب عليه بكلام الحافظ ابن حجر هذا الحديث قد اختلف فيه على قتادة فرواه بعضهم عنه بذكر السعاية وهم سعيد بن أبى عروبة عند البخارى ، ومسلم ، وأبو داود ، والترمذى ، وابن ماجه ، والنسائى فى « الكبرى » ، وجرير بن حازم عند البخارى ومسلم ، وحجاج ابن أرطأة ويحيى بن صبيح عند الطحاوى ، وأبان العطار عند أبى داود ، والطحاوى .

وحجاج بن حجاج كما فى « الفتح » (٥/ ١٨٧) ، وموسى بن خلف عند الخطيب البغدادى فى كتاب الفصل والوصل للمدرج فى النقل ، كما فى الفتح أيضاً (٥/ ١٨٧) .

وقد أشار البخارى رحمه الله لمتابعة حجاج وأبان وموسى لسعيد بن أبى عروبة :

فقال فى الصحيح (٢٥٢٧) : تابعه حجاج بن حجاج ، وأبان وموسى بن خلف عن قتادة ، اختصره شعبة .

قال الحافظ فى « الفتح » (٥/ ١٨٧) : أراد البخارى بهذا الرد على من زعم أن الاستسعاء فى هذا الحديث غير محفوظ ، وأن سعيد بن أبى عروبة تفرد به . ا هـ .

وقد روى هذا الحديث شعبة وهشام عن قتادة ، فخالفا سعيد بن أبى عروبة وأصحابه ، فذكروا الحديث دون السعاية . =

الصحيح : « البخاري » و« مسلم » وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به [١] ، فما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بَعْضَ رواته شك

= أما رواية شعبة فأخرجها مسلم (٢/ ١١٤٠) كتاب العتق : باب سعاية العبد حديث (٢/ ١٥٠٢) ، والطيالسى (١/ ٢٤٥ - منحة) برقم (١٢٠٦) ، وأحمد (٢/ ٤٦٨) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق: باب فيمن أعتق نصيباً له فى مملوك حديث (٣٩٣٥) ، والدارقطنى (٤/ ١٢٥) كتاب المكاتب حديث (٩) والبيهقى (١٠/ ٢٧٦) كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر ، كلهم من طريق شعبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : « من أعتق مملوكاً كان بينه وبين آخر فعليه خلاصة » .

أما رواية هشام فأخرجها أحمد (٢/ ٥٣١) ، وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق : باب فيمن أعتق نصيباً له فى مملوك حديث (٣٩٣٦) ، والدارقطنى (٤/ ١٢٦) كتاب المكاتب حديث (٩) ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٦) ، كتاب العتق : باب من أعتق شركاً له فى عبد ، من طريق هشام عن قتادة عن النضر ابن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « من أعتق نصيباً له فى مملوك عتق من ماله إن كان له مال » .

وقد رواه همام عن قتادة فجعل ذكر السعاية من كلام قتادة .

أخرجه الدارقطنى (٤/ ١٢٧) ، كتاب المكاتب حديث (١٠) ، والحاكم فى « معرفة علوم الحديث » (ص ٤٠، ٤١) ، والخطابى فى « معالم السنن » (٤/ ٦٩ - ٧٠) ، والبيهقى (١٠/ ٢٨٢) كتاب العتق: باب فى المعسر يستسعى العبد فى نصيب صاحبه .

كلهم من طريق همام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبى هريرة أن رجلاً أعتق شقيصاً له من غلام ، فأجاز النبى ﷺ عتقه وغرمه بقية ثمنه . وقال قتادة : إن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه .

وقال الدارقطنى : سمعت أبا بكر النيسابورى يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه وفصل بين قول النبى ﷺ وقول قتادة .

وقد ذهب إلى ذلك أيضاً ابن المنذر فقال : هذا الكلام من فتيا قتادة وليس من متن الحديث ، رواه الخطابى فى « معالم السنن » (٤/ ٧٠) عنه .

ورواية همام ذكرها الحافظ فى « الفتح » (٥/ ١٨٨) ، وزاد نسبتها إلى الإسماعيلى ، وابن المنذر ، والخطيب فى « الفصل والوصل » وقال رحمه الله : هكذا جزم هؤلاء بأنه مدرج وأبى ذلك آخرون منهم صاحبا الصحيح فصححا كون الجميع مرفوعاً » ، وهو الذى رجحه ابن دقيق العيد وجماعة ؛ لأن سعيد بن أبى عروبة أعرف بحديث قتادة ، لكثرة ملازمته له وكثره أخذه عنه من همام وغيره وهشام وشعبة وإن كانا أحفظ من سعيد لكنهما لم ينفيا ما رواه ، وإنما اقتصرا من الحديث على بعضه، وليس المجلس متحداً حتى يتوقف فى زيادة سعيد ، فإن ملازمة سعيد لقتادة كانت أكثر منهما، فسمع منه ما لم يسمعه غيره ، وهذا كله لو انفرد ، وسعيد لم ينفرد وقد قال النسائي فى حديث قتادة عن أبى المليح فى هذا الباب بعد أن ساق الإختلاف فيه على قتادة : هشام وسعيد أثبت فى قتادة عن همام . . . . اهـ.

(١) سقط فى الأصل .

في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله : « **وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ** » ، فهل هو من قوله - عليه الصلاة والسلام - ، أم من قول نافع ؟ وإن في ألفاظه أيضاً بين رواته اضطراباً ،، ومما وهن به المالكيونَ حديثَ أبي هريرة : أنه اختلف أصحابُ قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية [(١)] ،، وأما من طريق المعنى : فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم [(٢)] السيد التقويم إن كان له مَالٌ لِلْضَّرَرِ الذي أَدْخَلَهُ على شريكه ، والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء .

وعمدةُ الكوفيين من طريق المعنى : أن الحرية حَقٌّ ما شرعي لا يجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريكُ المعتِقُ موسراً عتق الكل عليه ، وإذا كان معسراً سَعَى العبد في قيمته ، وفيه مع هذا رَفْعُ الضرر الداخل على الشريك ، وليس فيه ضَرَرٌ على العبد ،، وربما أتوا بقياس شبهي ، وقالوا : لما كان العتقُ يوجد منه في الشرع نوعان: نوع : يقع بالاختيار؛ وهو إعتاقُ السيد عَبْدَهُ ابتغاءَ ثواب الله ،،

ونوع : يقع بغير اختيار ؛ وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وَجَبَ أن يَكُونَ العتقُ بِالسَّعْيِ ، كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكتابة ، والذي هو داخل بغير اختيار هو السَّعْيُ .

إِذَا كَانَ الْمُعْتِقُ مُوسَراً ، هل يعتق عليه نصيبُ شريكه بالحكم ، أو بالسراية ؟ : واختلف مالك ، والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتَقُ موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم ، أو بالسراية ؟ أعني : أنه يَسْرِي وجوبُ عتقه عليه بنفس العتق؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية .

وقالت المالكيةُ : بالحكم .

واحتجت المالكيةُ بأنه لو كان واجباً بالسراية لسرى مع العدم واليسر .

واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم - قوله عليه الصلاة والسلام - : « **قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ** » [(٣)] ، فقالوا : ما يجب تقويمُهُ فإنما يجب بعد إتلافه [(٤)] ، فَإِذَن بنفس العتق أَتْلَفَ حَظَّ صاحبه ، فوجب عليه تقويمُهُ في وقت الإتلافِ ، وإن لم يحكم [(٥)] عليه بذلك حَاكِمٌ ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ؛ لأنه قد نفذ العتق ،، وهذا بَيِّنٌ ،، وقول أبي حنيفة في هذه المسألة مخالف لظاهر الحديثين .

---

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : يلزم . (٣) تقدم .

(٤) فى الأصل : تلافة . (٥) فى الأصل : يكن .

[مَا رُوِيَ مِنْ خلافَات شَاذَّة فِي هذا]

وقد روي فيها خلاف شاذ : فقيل [١] ، ، عَن ابنِ سيرين : إنه جعل حِصَّةَ الشريك في بيت المال .

وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيباً له في عَبْدٍ : إن الْعِتْقَ بَاطِلٌ ، ، وقال قوم : لا يُقَوَّمُ على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما [٢] أعتق .

وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسراً ، أو معسراً ، ويتبعه شريكه ، وسقط [شرط العسر] [٣] في بعض الروايات في حديث ابن عمر ، وهذا كله خِلافُ الأحاديث، ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث .

وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مالك من هذا في فرع ؛ وهو : إذا كان معسراً فَأَخَّرَ الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر : فقيل : يقوّم ، ، وقيل : لا يقوّم .

[مَنْ مَلَكَ باختيارِه شِقْصاً يَعْتِقُ عليه]

واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من مَلَكَ باختياره شِقْصاً يعتق عليه من عبد ؛ أنه يعتق عليه الْبَاقِي إن كان موسراً ، إلا إذا مَلَكَهُ بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يَمْلِكَهُ بميراث .

فقال قوم : يعتق عليه في حال الْيُسْرِ ، ، وقال قوم : لا يعتق عليه .

وقال قوم : في حال اليسر بالسعاية .

وقال قوم : لا .

[إذَا مَلَكَ السَّيِّدُ جميعَ العبد ، فَأَعْتَقَ بَعْضَهُ]

وإذا ملكَ السيدُ جميعَ العبد فأعتق بعضه : فجمهور علماء [٤] « الحجاز » ، و«العراق»: مالك ، والشافعي ، والثوري ، والأوزاعي ، وأحمد ، وابن أبي ليلى ، ومحمد بن الحسن ، وأبو يوسف - يقولون : يعتق عليه كُله .

وقال أبو حنيفة ، وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ، ويسعى العبد في الباقي ؛ وهو قول طاوس ، وحماد .

وعمدةُ استدلالِ الجمهور : أنه لما ثبتت السنةُ في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة[٥] العتق ، كان أحرى أن يجب ذلك عليه في مِلْكِهِ .

---

(١) في ط : فقال . (٢) في الأصل : فيمن . (٣) في ط : للعصر .
(٤) في الأصل : فقهاء . (٥) في الأصل : بحرمة .

وعمدة أبي حنيفة : أن سببَ وجوبِ العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملْكاً له لم يكن هناك ضَرَرٌ ، ، فسببُ الاختلاف من طريق المعنى : هل علة هذا الحكم حُرْمَةُ العتق ، أعني : أنَّه لا يقع فيه تَبْعِيضٌ ، أو مضرةُ الشريك ؟

واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أَعْتَقَ نِصْفَ عبده ، فلم يُنْكِرْ رسولُ الله ﷺ عتقه (١١٢٦) .

ومن عمدة الجمهور : ما رواه النسائي، وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه : « **أَنَّ رَجُلاً منْ هُذَيْلٍ أَعْتَقَ شقْصاً لَهُ منْ مَمْلُوك ، فَتَمَّمَ النَّبِيُّ - عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - عتْقَهُ ، وَقَالَ : لَيْسَ لله شَريكٌ** » (١١٢٧) ، ، وعلى هذا فقد نص على العلة التي تَمَسَّكَ بها الجمهور، وصارت علَّتُهُمْ أولى ؛ لأن العلةَ المنصوصَ عليها أولى من المستنبطة ، ، فسبب اختلافهم : تعارضُ الآثار في هذا الباب ، وتعارض القياس .

[الإِعْتَاقُ بِالْمُثْلَة]

وأما الإعتاق الذي يكون بالمثلة : فإن العلماء اختلفوا فيه : فقال مالك ، والليث ، والأوزاعي : من مَثَّلَ بعبده ، أعتق عليه .

وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يَعْتِقُ عليه ، [إذا مثل بعبده ، أو بعبد غيره][1] ، ، وَشَذَّ الأوزاعي فقال : من مَثَّلَ بعبد غيره ، أُعتِقَ عليه .

(١١٢٦) أخرجه أحمد (٣/ ٤١٢) ، والبيهقى : (١٠/ ٢٧٤) ، وعبد الرزاق (٩/ ١٤٨ - ١٤٩) .
ح(١٦٧٠٥) من طريق عمر بن حوشب ، حدثنى إسماعيل بن أمية ، عن أبيه ، عن جده ، قال: كان لهم غلام يقال له : طهمان أو ذكوان فأعتق جده نصفه فجاء العبد إلى النبى ﷺ فأخبره فقال النبى ﷺ : « تعتق فى عتقك ، وترق فى رقك » ، فكان يخدم سيده حتى مات ، قال البيهقى : «تفرد به عمر بن حوشب ، وإسماعيل هو ابن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص ، وعمرو بن سعيد له صحبة ا هـ .

(١١٢٧) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥١) كتاب العتق : باب من أعتق نصيباً له فى مملوك حديث (٣٩٣٣) ، وأحمد (٥/ ٧٤ ، ٧٥) ، والنسائى فى « الكبرى » (٣/ ١٨٦) كتاب العتق : باب العبد يكون للرجل فيعتق بعضاً ، والبيهقى (١٠/ ٢٧٣) كتاب العتق : باب من أعتق من مملوكه شقصاً ، من طريق قتادة عن أبى المليح عن أبيه به .

قال النسائى : أرسله سعيد بن أبى عروبة ، وهشام عن قتادة عن أبى سليم أن رجلاً . . . فذكر الحديث .

وقال : وهشام وسعيد أثبت من همام فى قتادة ، وحديثهما أولى بالصواب .

وقال الحافظ فى « الفتح » (٥/ ١٥٩) عن الحديث الموصول : إسناده قوى .

(١) سقط فى الأصل .

والجمهور : على أنه يَضْمَنُ ما نقص من قيمة العبد ،، فمالك ، ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « **أَنَّ زِنْبَاعاً** (١) **وَجَدَ غُلاماً مَعَ جَارِيَة ، فَقَطَعَ ذَكَرَهُ ، وَجَدَعَ أَنْفَهُ ،، فَأَتَى النَّبيَّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ،، فَقَالَ لَهُ النَّبيُّ ﷺ : مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا فَعَلْتَ ؟ فَقَالَ : فَعَلَ كَذَا وَكَذَا ، فَقَالَ النَّبيُّ ﷺ : اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ** » (١١٢٨) .

وعمدة الفريق الثاني : قوله ﷺ في حديث ابن عمر : « **مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ ، أَوْ ضَرَبَهُ ، فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ** » (١١٢٩) .

---

(١) زنباع بن روح الجذامى بكسر المهملة ، وفتح المعجمة ، صحابى له حديثان ، وعنه ابنه روح وحفيده مسلم بن روح .

انظر الخلاصة : ٣٥٨/١ (٢٣٠٨) ، تهذيب التهذيب (٣/ ٣٤٠) ، والتقريب : ٢٦٣/١ ، والوافى بالوفيات : ٢١٥/١٤ ، والثقات : ١٤٣/٣ .

(١١٢٨) أخرجه عبد الرزاق (٤٣٨/٩) رقم (١٧٩٣٢) ، وأبو داود (٤/ ٦٥٤) كتاب الديات : باب: من قتل عبده أو مثل به حديث (٥٤١٩) ، وابن ماجه (٢/ ٨٩٤) كتاب الديات : باب من مثل بعبده فهو حر حديث (٢٦٨٠) ، وأحمد (٢/ ١٨٢) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به .

وأخرجه البزار (٢/ ١٤٦ - كشف) رقم (١٣٩٤) ، من طريق عبد الله بن سندر حدثه عن أبيه أنه كان عند الزنباع بن سلامة وأنه عتب عليه فخصاه وجدعه ؛ فأتى النبى ﷺ فأخبره وأغلظ لزنباع القول وأعتقه منه فقال : أوص بى فقال : « أوص بك كل مسلم » .

والحديث ذكره الهيثمى فى « المجمع » (٤/ ٢٤٢) ، وقال : رواه البزار والطبرانى ، وفيه عبد الله ابن سندر ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات .

وأخرجه أيضاً البيهقى (٨/ ٣٦) كتاب الجنايات : باب من قتل عبده أو مثل به ، من طريق المثنى ابن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به ، وقال البيهقى : المثنى بن الصباح ضعيف لا يحتج به .

(١١٢٩) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٧٩) كتاب الأيمان : باب صحبة المماليك حديث (٣٠/ ١٦٥٧) ، والبخارى فى « الأدب المفرد » رقم (١٨٠) ، وأبو داود (٥/ ٣٦٤) ، كتاب الأدب : باب فى حق المملوك حديث (٥١٦٨) ، وأحمد (٢/ ٤٥) ، وعبد الرزاق (٩/ ٤٤٠) برقم (١٧٩٣٦) ، وابن الجارود (٨٤٢) ، وأبو يعلى (١٠/ ١٥٨ - ١٥٩) رقم (٥٧٨٢) ، والبيهقى (٨/ ٣٢٧) كلهم من طريق فراس عن أبى صالح عن زاذان به .

وللحديث شاهد من حديث ابن عباس .

أخرجه الخطيب فى « تاريخ بغداد » (٨/ ١٦٢) من طريق حميد بن الصباح مولى المنصور حدثنى أبى قال : لما أراد المنصور أن يزرع الكرخ فقال لى : احمل الذراع معك فخرج وخرجت معه ونسيت أن أحمل الذراع فلما صرنا بباب الشرقية قال لى : أين الذراع ؟ فدهشت وقلت : أنسيته يا أمير المؤمنين ، فضربنى بالمقرعة فشجنى وسال الدم على وجهى فلما رآنى قال : أنت حر لوجه الله ، حدثنى أبى عن أبيه عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « من ضرب عبده فى غير حده حتى يسيل دمه فكفارته عتقه » .

=

قالوا : فلم يلزم العتقُ في ذلك ، وإنما نُدبَ إليه ،، ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يُكْرَهُ السيدُ على عِتْقِ عبده ، إلا ما خَصَّصَهُ الدليلُ .

وأحاديث عمرو (١) بن شعيب مختَلَفٌ في صحتها ، [فلم تبلغ] (٢) من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة .

[هَلْ يَعْتقُ عَلَى الإنْسَانَ بِالْقَرَابَة ؟]

وأما هل يعتق على الإنسان أَحَدٌ من قرابته ؟ وإن عتق فمن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك : فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود ، وأصحابه ؛ فإنهم لم يروا أن يعتق أحَدٌ على أحد من قبل قربى ،، والذين قالوا بالْعِتْقِ اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق ، بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أَبُوهُ وَوَلَدُهُ .

فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة : أحدها : أصوله : وهم : الآباء ، والأجداد، والجدات ، والأمهات ، وآباؤهم ، وأمهاتهم ،، وبالجملة : كل من كان له على الإنسان ولادة .

والثاني : فروعه : وهم : الأبناء ، والبنات ، وولدهم مهما سفلوا ، وسواء في ذلك ولدُ البنين ، وولد البنات ،، وبالجملة : كُل من للرجل عليه ولادة [بغير توسط، أو] (٣) بتوسط ، ذكر أو أنثى .

والثالث : الفروعُ المشاركةُ له في أصله القريب ، وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط، أو لأم فقط ، واقتصر من هذا العمود (٤) على الْقَرِيبِ فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة .

وأما الشافعي : فقال [بقول] (٥) مالك في العمودين (٦) الأعلى ، والأسفل ، وخالفه في الإخوة ، فلم يوجب عِتْقَهُمْ .

وأما أبو حنيفة : فأوجب عِتْقَ كل ذي رَحِمٍ محرم بالنسب ؛ كالعم ، والعمة ، والخال والخالة ، وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرمٍ (٧) .

---

(١) في الأصل : عمر . (٢) في الأصل : فليس . (٣) سقط في الأصل .
(٤) في الأصل : العهود . (٥) في الأصل : مثل . (٦) في الأصل : العهود .
(٧) ذو الرحم المحرم القريب الذى يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة ، وهم الولدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً ، والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم ، فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه .
=

وَسَبَبُ اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور : اختلافُهُم في مفهوم الحديث الثالث ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام - : « **لا يَجزِي وَلَدٌ عَنْ وَالده ، إلا أَنْ يَجدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ** » (١١٣٠) ، ، أخرجه مسلم ، والترمذي ، وأبو داود ، وغيرهم .

فقال الجمهور : يُفْهَمُ من هذا أنه إذا اشتراه وَجَبَ عليه عِتْقُهُ ، وأنه ليس يجب عليه شِرَاؤُهُ .

وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه [شراؤه ، ولا عتقه] (١) إذا اشتراه ، قالوا : لأن إِضَافَةَ عتقه إليه دَلِيلُ على صحة مِلْكِهِ له ، ، ولو كان ما قالوا صواباً ، لكان اللفظ إلا أن يَشْتَرِيَهُ فيعتق عليه .

وعمدة الحنفية : ما رواه قتادة عن الحسن عن سَمُرَةَ أن النبي ﷺ قال : « **مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ محرَمٍ ، فَهُوَ حرٌّ** » (١١٣١) ، ، وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك ، والشافعي ، ، وقاس

= روى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحكم ، وحماد ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والليث ، وأبو حنيفة ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وأعتق مالك الوالدين والمولودين ، وإن بعدوا ، والإخوة والأخوات دون أولادهم ، ولم يعتق الشافعي إلا عمودى النسب ، وعن أحمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ، ولم يعتق وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه .

ينظر : المغنى : ٦/ ٣٥٥

(١١٣٠) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨) كتاب العتق : باب فضل عتق الوالد حديث (٢٥/ ١٥١٠) ، والبخارى فى « الأدب المفرد » حديث (١٠) ، وأبو داود (٥/ ٣٤٩) ، كتاب الأدب : باب بر الوالدين حديث (٥١٣٧) ، والترمذى (٤/ ٣١٥) كتاب البر والصلة : باب فى حق الوالدين حديث (١٩٠٦) ، والنسائى فى « الكبرى » (٣/ ١٧٣) ، كتاب العتق : باب أى الرقاب أفضل حديث (٤٨٩٦) ، وابن ماجه (٢/ ١٢٠٧) كتاب الأدب : باب بر الوالدين حديث (٣٦٥٩) ، وأحمد (٢/ ٢٣٠) ، وابن الجارود فى « المنتقى » برقم (٩٧١) ، والطيالسى (٢٤٠٥) ، وابن حبان (٤٢٥ - الإحسان) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٣/ ١٠٩) كتاب العتاق : باب الرجل يملك ذا رحم محرم منه، وابن عدى فى « الكامل » (٣/ ٥٧ - ٥٨) ، والبيهقى (١٠/ ٢٨٩) ، وأبو نعيم فى « الحلية » (٦/ ٣٤٥) ، والخطيب فى « تاريخ بغداد » (١٤/ ٣٠٦) ، والبغوى فى « شرح السُّنَّة » (٥/ ٢٦١ - بتحقيقنا) كلهم من طريق سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يجزئ ولد والداً إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه » .

(١) سقط فى الأصل .

(١١٣١) صحيح ، أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥٩ - ٢٦٠) كتاب العتق : باب من ملك ذا رحم حديث (٣٩٤٩) ، والترمذى (٣/ ٦٤٦) كتاب الأحكام : باب من ملك ذا رحم محرم حديث (١٣٦٥)، والطيالسى (١/ ٢٤٥ - منحة) حديث (١٢٠٥) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٩٧٣)، والطبرانى فى « الكبير » رقم (٦٨٥٢) ، والحاكم (٢/ ٢١٤) كتاب العتق : باب من ملك ذار رحم =

... ...

= محرم فهو حر ، والبيهقى (١٠/ ٢٨٩) كتاب العتق : باب من يعتق بالملك ، والبغوى في « شرح السنة » (٥/ ٢٦١ - ٢٦٢ - بتحقيقنا) ، كلهم من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » .

قال الترمذي : لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة ، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئاً من هذا . ا هـ .

ومن هذا الوجه أخرجه أبو داود (٣٩٥٠) من طريق سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن عمر بن الخطاب من قوله .

وقال أبو داود : سعيد أحفظ من حماد .

قال الحافظ فى« التلخيص » (٤/ ٢١٢) : قال الترمذى : لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن ، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلاً وشعبة أحفظ من حماد . ا هـ

والحديث أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٣) كتاب العتق : باب من ملك ذا رحم فهو حر حديث (٢٥٢٤) ، والترمذى (٣/ ٦٤٦) ، والحاكم (٣/ ٦٣٨) من طريق محمد بن بكر البرسانى عن حماد عن قتادة وعاصم الأحول كلاهما عن الحسن عن سمرة به .

وقال الترمذى : لا نعلم أحداً ذكر فى هذا الحديث « عاصماً الأحول » عن حماد بن سلمة غير محمد بن بكر . ا هـ .

وقد اختلف فى سماع الحسن من سمرة أيضاً .

لكن للحديث شاهد من حديث ابن عمر :

أخرجه النسائي فى « الكبرى » (٣/ ١٧٣) كتاب العتق : باب من ملك ذا رحم محرم حديث (٤٨٩٧) ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، حديث (٢٥٢٥) ، وابن الجارود فى « المنتقى » (٢/ ٩٧) ، والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » . . .

كتاب العتاق : باب من ملك ذار رحم محرم منه والحاكم (٢/ ٢١٤) .

كتاب العتق : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، والبيهقى (١٠/ ٢٩٠) .

كتاب العتق : باب من يعتق بالملك ، كلهم من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله ابن دينار عن ابن عمر عن النبى ﷺ بمثل حديث سمرة .

وعلقه الترمذى (٣/ ٦٤٧) كتاب الأحكام : باب من ملك ذا رحم محرم حديث (١٣٦٥) ، وقال : ولا يتابع ضمرة بن ربيعة على هذا الحديث وهو حديث خطأ عند أهل الحديث .

وقال النسائي : هذا حديث منكر .

وقال البيهقى : إنه وهم فاحش والمحفوظ بهذا الإسناد حديث النهى عن بيع الولاء وعن هبته .

أما الحاكم فقال : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى وقد وافقه على تصحيحه ابن حزم فى « المحلى » (٩/ ٢٠٢) ، فقال : هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات وإذا انفرد به ضمرة كان ماذا أو دعوى أنه أخطأ فيه باطل ؛ لأنها دعوى بلا برهان ، ا هـ .

وصححه أيضاً عبد الحق الأشبيلى وابن القطان .

قال الزيلعى فى « نصب الراية » (٣/ ٢٧٩) : قال عبد الحق فى « أحكامه » تفرد به ضمرة بن ربيعة الرملى عن الثورى ،وضمرة ثقة والحديث صحيح إذا اسنده ثقة ،ولا يضر انفراده به ولا إرسال من =

مَالكٌ الإخوة على الأبناء ، والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي ، واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء .

وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن الْبُنُوَّةَ صفةٌ هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها ؛ لقوله تعالى : ﴿ **وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً إِنْ كُلُّ مَن فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ إِلا آتِي الرَّحْمَنِ عَبْداً** ﴾ [مريم : ٩٢ - ٩٣] ،، وهذه العبوديةُ هي معنى غير العبودية التي يَحْتَجُّونَ بها ، فإن هذه عبودية معقولة ، وبنوة معقولة ، والعبوديةُ التي بين المخلوقين والمولانية هي عبودية بالشرع ، لا بالطبع ، أعني : بالوضع لا مجال للعقل ، كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف ، وإنما أراد الله - تعالى - أن البنوةُ تُسَاوِي الأبوة في جِنْسِ الوجودِ أو في نوعه ، أعني : أن الموجودِيْنِ اللَّذَيْنِ أحدهما أب، والآخر ابن هما متقاربان جداً ، حتى إنهما إما أن يكونا من نوع واحد ، أو جنس واحد، وما دون الله - تعالى - من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه وتعالى في جِنْسٍ قريب ، ولا بعيد ، بل التفاوتُ بينهما غايةُ التفاوت ، فلم يصح أن يَكُونَ في الموجوداتِ التي ههنا شيءٌ نسبته إليه نسبةُ الأب إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجوداتِ إليه نسبة العبد إلى السيد كان أَقْرَبَ إلى حقيقة الأَمْرِ من نِسْبَةِ الابن إلى الأب ؛ لأن التباعُدَ الذي بين السيد ، والعبد في المرتبة أَشَدُّ من التباعد الذي بين الأب والابن .

= أرسله ولا وقف من وقفه . انتهى ، قال ابن القطان : وهذا الذى قاله أبو محمد هو الصواب ، ولو نظرنا الأحاديث لم نجد منها ما روى متصلاً ، ولم يرو من وجه آخر منقطعاً أو مرسلاً أو موقوفاً إلا القليل وذلك لاشتهار الحديث وانتقاله على ألسنة الناس فجعل ذلك علة فى الأخبار لا معنى له. ا هـ.

وقد أحسن ابن التركمانى الرد على البيهقى فى شأن تضعيف البيهقى لهذا الحديث .

فقال فى الجوهر التقى (١٠/ ٢٩٠) : ليس انفراد ضمرة به دليلاً على أنه غير محفوظ ، ولا يوجب ذلك علة فيه ؛ لأنه من الثقات المأمونين لم يكن بالشام رجل يشبهه ، كذا قال ابن حنبل وقال ابن سعد : كان ثقة مأموناً لم يكن هناك أفضل منه ، وقال أبو سعيد بن يونس : كان فقيه أهل فلسطين فى زمانه. . . .

والحديث إذا انفرد به مثل هذا كان صحيحاً ولا يضره تفرده فلا أدرى من أين وهم فى هذا الحديث راويه كما زعم البيهقى ، قال ابن حزم : هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات ، وإذا انفرد به ضمرة كان ماذا ودعوى أنه أخطأ فيه باطل ، لأنه دعوى بلا برهان . ا هـ . وللحديث شاهد آخر عن عائشة .

أخرجه ابن عدي فى « الكامل » (٢/ ٢٦) من طريق بكر بن خنيس عن عطاء بن عجلان عن ابن مليكة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « من ملك ذا رحم محرم عتق » .

وعلى الحقيقة فلا [شبه] [(١)] بين النسبتين ، لكن لما لم يكن في الموجودات نسبةٌ أشد تباعداً من هذه النسبة ، أعني : تباعد طرفيهما في الشرف ، وَالْخِسَّة ، ضَرَبَ المثالَ بها، أعني : نسبة العبد للسيد ، ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن ، والرحمة ، والرأفة، والشفقة ، أجاز أن يقول في الناس : إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى ، ، فهذه جملة المسائلِ المشهورةِ التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره

[مَنْ أَعْتَقَ عَبِيداً لَهُ فِي مَرَضِه ، أو علق العتق على موته ، والوصية بعتقهم إذا لَمَ يكن له مَالٌ غيرهم]

وقد اختلفوا من أحكام العتق في مَسْأَلَة مشهورة تتعلق بالسماع ؛ وذلك أن [الفقهاء] [(٢)] اختلفوا فيمن أعتق عبيداً له في مرضه ، أو بعد موته ، ولا مال له غيرهم : فقال مالك ، والشافعي ، وأصحابهما ، وأحمد ، وجماعة : إذا أَعْتَقَ في مرضه ، ولا مال له سواهم، قُسِمُوا ثلاثةَ أجزاءٍ ، وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، ، وكذلك الحكمُ في الوصية بعتقهم .

وخالف أشهب ، وأصبغ مالكاً في العتق المبتل في المرض ؛ فقالا جميعاً: إنما القرعةُ في الوصية .

أَمَّا حُكْمُ الْعِتْقِ الْمُبَتَّلِ : فهو كحكم الْمُدَبَّر ، ، ولا خلافَ في مذهب مالك أن المدَبَّرِينَ في كلمة واحدة إذا ضاقَ عنهم الثُّلُثُ أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حَظِّه من الثلث.

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه في العتق المبتل : إذا ضاق عنه الثلثُ أنه يُعْتَقُ من كل واحد منه ثُلُثُهُ .

وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه ، ، فَقَوْمٌ من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ؛ وهو مذهب مالك ، والشافعي .

وقوم اعتبروا العدد ، ، فعند مالك إذ كانوا ستَّةَ أعبد مثلاً ، عُتِقَ منهم الثلثُ بالقيمة ، كان الحاصلُ في ذلك اثنين منهم ، أو أقل أو أكثر ؛ وذلك أيضاً بِالْقُرْعَةِ بعد أن يُجْبَرُوا على الْقِسْمَة أثلاثاً .

وقال قوم : بل المعتبر العدد [(٣)] ، فإن كانوا ستة عُتِقَ منهم اثنان ، وإن كانوا [مثلاً] سبعة ، عتق منهم اثنان وثلث .

---

(١) فى الأصل : نسبه . (٢) فى الأصل : العلماء . (٣) فى الأصل : العد .

فَعُمْدَةُ أَهْلِ « الْحِجَازِ » : ما رواه أهل « البصرة » عن عمران بن الحصين : « أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ عِنْدَ مَوْتِه ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَدَعَا رَسُولُ الله ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلاثاً ، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً » [١] ،، خرجه البخاري ، ومسلم مسنداً ،، وأرسله مالك .

وعمدةُ الحنفية : ما جَرَتْ به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بِطَرِيقِ الآحاد إذا خَالَفَتْهَا الأصولُ الثابتةُ بالتواتر .

وعمدتهم [٢] : أنه قد أَوْجَبَ السيد لكل واحد منهم العتق تاماً ، فلو كَانَ له مالٌ لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مالٌ ، وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بِقَدْرِ الثلث الجائزِ فِعْلُ السيد فيه ،، وهذا الأصل ليس بَيِّناً من قَوَاعِدِ الشَّرْعِ في هذا الموضع ؛ وذلك أنه يمكن أن يقال له : إنه إذا أَعْتَقَ من كُلٍّ واحد منهم الثُّلُثَ دخل الضَّرَرُ على الورثة ، والعبيد الْمُعْتَقِينَ ، وقد ألزم [الشرع مبعِّضَ] [٣] العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتمم عليه جمع في أَشْخَاصِ بأعيانهم ، لكن متى اعْتُبِرَتِ القيمةُ في ذلك دون العدد أَفْضَتْ إلى هذا الأصل ، وهو تبعيضُ العتق ؛ فلذلك كان الأَوْلَى أن يُعْتَبَرَ العَدَدُ، وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزءُ الْمُعْتَقُ في كل واحد منهم هو حَقٌّ لله ، فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم ، أَصْلُهُ حَقُّ الناس .

[مَالُ الْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ لمن يكون ؟]

واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لِمَنْ يكونَ ؟ فقالت طائفة : المالُ للسيد ،، وقالت طائفة : ماله تَبَعٌ له ،، وبالأول : قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء : أبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق ،، وبالثاني : قال ابن عمر ، وعائشة ، والحسن وعطاء ، ومالك ، وأهل المدينة [٤] ،، والحجة لهم : حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً فَمَالُهُ لَهُ ، إلا أَنْ يَشْتَرِطَ السَّيِّدُ مَالَهُ » [٥] .

[أَلْفَاظُ الْعِتْقِ : صَرِيحَةٌ ، وَكِنَايَةٌ]

وأما ألفاظُ العتقِ : فإن منها صَرِيحاً ، ومنها كِنَايَةً عند أكثر فقهاء الأمصار : أما

---

(١) تقدم .　　(٢) في الأصل : عندهم .　　(٣) في الأصل : الشارع ينعض .

(٤) قال ابن قدامة : إذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود ، وأبى أيوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة ، والحكم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن حماد والبتى وداود بن أبى هند ، وحميد ، وقال الحسن ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، ومالك ، وأهل المدينة : يتبعه ماله .

ينظر : المغنى : ٩/ ٣٧٤

(٥) تقدم .

الألفاظُ الصريحةُ : فهو أن يقول : أنت حر، أو أنت عَتِيقٌ ، وما تصرف من هذه ، فهذه الألفاظُ تلزم السيدَ بإجماعٍ من العلماء .

وأما الكنايةُ : فهي مثل قول السيد لعبده : لا سبيل لي عليك ، أو لا مِلْكَ لي عَلَيْكَ، فهذه ينوي [٣] فيها سيدُ العبد هل أراد به العتق ، أم لا ؟ عند الجمهور .

[إذَا قَالَ السيدُ لعبده : يا بنى ، أو يا أبي]

ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بني ، أو لأمته يا بنتي ، أو قال : يا أبي ، أو يا أمي : فقال قوم ، وهم الجمهور : لا عِتْقَ يَلْزَمُهُ ،، وقال أبو حنيفة : يُعْتَقُ عليه .

وشذ [زفر] [٢] فقال : لو قال السيدُ لعبده : هذا ابني عُتِقَ عليه ، وإن كان العبد له عشرون سنة ، وللسيد ثلاثون سنة .

[إذَا قَالَ لعبده : مَا أَنْتَ إلا حرٌّ]

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر : فقال قوم : هو ثَنَاءٌ عليه ، وهم الأكثر ،، وقال قوم : هو حر ؛ وهو قول الحسن البصري .

[مَن نَادَى عبداً من عبيده ، فَاسْتَجَابَ لَهُ آخَرُ، فقال : أنت حر]

ومن هذا الباب مَنْ نَادَى عبداً من عبيده [باسمه] ، فاستجابَ لَهُ عَبْدٌ آخر ، فقال له : أنت حرٌّ ، وقال : إنما أردتُ الأولَ : فقيل : يعتقان عليه جميعاً ،، وقيل : ينوي .

[مَنْ أَعْتَقَ مَنْ في بَطْنِ أَمَته ، ومن أعتق أَمَةً ، واستثنى ما في بَطْنها]

واتفقوا على أن من أَعْتَقَ ما في بَطْنِ أمته ، فهو حُرٌّ دون الأم ،، واختلفوا فيمن أعتق أَمَةً ، واستثنى ما في بطنها : فقالت طائفة : له استثناؤُهُ .

وقالت طائفة : هما حُرَّان .

[القولُ فِى سُقُوط الْعتْق بالْمَشيئَة]

واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة : فقالت طائفة : لا استثناء فيه كالطلاق ؛ وبه قال مالك .

وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناءُ ؛ كقولهم في الطلاق ، أعني : قول القائل لعبده : أَنْتَ حرٌّ ، إن شاء الله .

---

(١) فى الأصل : ينهى .   (٢) سقط فى الأصل .

[القولُ فِي وُقُوعِ الْعِتْقِ بِشرْطِ الْملْك]

وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك : فقال مالك : يقع ،، وقال الشافعي ، وغيره : لا يقع ، وحجتهم : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « **لا عِتْقَ فيمَا لا يَمْلكُ ابْنُ آدَمَ** » (١) ،، وحجة [الفرقة الثانية] (٢) : تشبيههم إياه باليمين ،، وألفاظُ هذا الباب شبيهةٌ بألفاظ الطلاق ، وشروطه كشروطه ، وكذلك الأَيْمَانُ فيه تشبيهه بأيمان الطلاق ، وأما أحكامه فكثيرة .

[الأَبْنَاءُ تَابعُونَ فِى الْعتْقِ ، والعبودية للأم]

فمنها : أن الجمهورَ على أن الأبناء تابعون في العتق ، والعبودية للأم ،، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكُونَ الأب عربياً .

[الْعتْقُ إِلَى أَجَلٍ]

ومنها : اختلافهم في العتق إلى أَجَلٍ .

فقال قوم : ليس له أن يَطَأَهَا إن كانت جارية ، ولا يبيع ، ولا يَهَبُ ؛ وبه قال مالك .

وقال قوم : له جميع ذلك ؛ وبه قال الأوزاعي ، والشافعي .

[اشْتِرَاطُ الْخدْمَة عَلَى الْمُعْتق مُدَّةً مَعْلُومَةً]

واتفقوا على جوَازِ اشتراط الخدمَة على المعتق مدة معلومة بعد العتق ، وقبل العتق .

[إِذَا قَالَ لِعَبْده : إِذَا بِعْتُكَ فأنت حر]

واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر : فقال قوم : لا يقعُ عليه العتق ؛ لأنه إذا باعه لم يَمْلكْ عِتْقَهُ ،، وقال قوم (٣) : إن باعه يعْتق عليه ، أعني : من مال البائع إذا باعه ؛ وبه قال مالك ، والشافعي ،، وبالأول قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثوري .

وفروع هذا الباب كثيرة ، وفي هذا كفاية .

تم والحمد لله حق حمده .

* * *

---

(١) تقدم . (٢) فى الأصل : الشافعى . (٣) سقط فى ط .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله وصحبه ، وسلم تسليماً

كِتَابُ الْكِتَابَةِ (١)

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في : أركانها ، وشروطها ، وأحكامها .

[أَرْكَانُ الْكِتَابَةِ]

وأما الأركانُ : فثلاثةٌ : العقد ، [وشروطه ، وصفته] (٢) ، والعاقد ، والمعقود عليه ، وصفاتهما ، والنظر في كل واحد من هذه الثلاثة الأركان فيما هو ، وشروطه ، وأحكامه . ونحن نذكرُ المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جِنْسٍ جِنْسٍ من هذه الأجناس .

« الْقَوْلُ فِي مَسَائِلِ الْعَقْدِ »

[هَل عقْدُ الكتَابَة وَاجبٌ ، أو مندوبٌ إليه؟]

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة : اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب ، أو مندوب

---

(١) الكِتَابَةُ لغة : الضم والجمع : ومنها الكَتِيبَةُ : وهى الطائفة من الجيش العظيم . والكتْبُ لجمع الحروف فى الخط .

معنى المكاتبة فى الشرع : هو أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤدّيه مُنَجَّماً عليه ؛ فإذا أدّاه فهو حُرّ. ولها حالتان : الأولى : أن يطلبها العبد ويُجيبه السيّد .

الثانية : أن يطلبها العبد ويأباها السيد ؛ وفيها قولان : الأول : لعكرمة ، وعطاء ، ومسروق ، وعمرو ابن دينار والضحاك بن مُزاجم ، وجماعة أهل الظاهر : أن ذلك واجب على السيد . وقال علماء الأمصار: لا يجب ذلك . وتعلّق من أوجبها بمطلق الأمر ، وأفعل بمطلقه على الوجوب حتى يأتى الدليل بغيره. وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، واختاره الطبرى ، وتمسك الجمهور بأن الإجماع منعقد على أنه لو سأله أن يبيعه من غيره لم يلزمه ذلك ، ولم يجبر عليه وإن ضوعف له فى الثمن . وكذلك لو قال له : أعتقنى أو دبِّرْني أو زوّجني لم يلزمه ذلك بإجماع ، فكذلك الكتابة؛ لأنها معاوضة فلا تصح إلا عن تراضٍ . وقولهم : مطلق الأمر يقتضى الوجوب صحيح ، لكن إذا عَرِي عن قرينة تقتضى صرفه عن الوجوب ، وتعليقه هنا بشرط علمي الخير فيه ؛ فعلّق الوجوب على أمر باطن وهو علم السيّد بالخيريّة ، وإذا قال العبد : كاتبنى ؛ وقال السيد : لم أعلم فيك خيراً ؛ وهو أمر باطن ، فيرجع فيه إليه ويعول عليه . وهذا قوىّ فى بابه .

ينظر المغرب : (٢/٢٠٦) ، ومعجم مقاييس اللغة : (٥/١٥٨) ، والقرطبى : (١٢/١٦٢) .

(٢) سقط فى الأصل .

إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ،، وقال أهل الظاهر : هو وَاجِبٌ ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى : ﴿**فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً**﴾ [النور : ٣٣] ، والأمرُ على الوجوب ،، وأما الجمهورُ : فإنهم لما رأوا أن الأصل هو ألّا يجبرَ أَحَدٌ على عتق مملوكه[١] - حَمَلُوا هذه الآية على الندب ؛ لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضاً فإنه لما لم يكُنْ للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له ، وهو خروج رقبته عن ملْكه بعوض، فأحري ألّا يحكم له عليه بخروجه عن غير عِوَضٍ هو مَالِكُهُ ؛ وذلك أن كَسْبَ العبد هو للسيد ،، وهذه المسألةُ هي أقربُ أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه .

[تَعْرِيف عَقْد الْكِتَابَة]

وهذا العقد بالجملة هو : أن يَشْتَرِيَ العبدُ نفسه ، وماله من سيده بمال يَكْتَسِبُهُ العبد، فأركان هذا العقد الثمنُ ، والمثمون ، والأجل ، والألفاظ الدالة على هذا العقد .

[الثَّمَنُ فِي الْكِتَابَة]

فأما الثمنُ : فإنهم اتفقوا على أنه يَجُوزُ إذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع ،، واختلفوا إذا كان في لَفْظِه إِبْهَامٌ ما : فقال أبو حنيفة ، ومالك : يجوز أن يُكَاتِبَ عبده على جارية ، أو عبد من غير أن يَصِفَهُمَا ، ويكون له الوسطُ من العبيد .

وقال الشافعي : لا يجوز حتى يَصِفَهُ ،، فمن اعتبر في هذا طلب المعاينة ، شَبَّهَهُ بالبيوع ،، ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة ، وعدم التَّشَاحِّ ، جَوَّزَ فيه الغررَ اليسير ؛ كحال اختلافهم في الصداق .

ومالكٌ يجيزُ بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبي ، والأجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدَّيْنِ في الدَّين وضع وتعجل ،، ومنع ذلك الشافعي، وأحمد ،، وعن أبي حنيفة القولان جميعاً .

وعمدة من أجازه [٢] : أنه ليس بين السيد وعبده رِبًا ؛ لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها .

[أَجَلُ الْكِتَابَة ، وَهَلْ يَجُوزُ دَفْعُ الثَّمَن حَالا ؟]

وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مُؤَجَّلَةً ، واختلفوا في هل تجوز حالة؛ وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مَالٍ مَوْجُودٍ عند العبد ، وهي التي يُسَمُّونَهَا قطاعة لا كتابة ، وأما الكتابةُ فهي التي يَشْتَرِي العبدُ [فيها] [٣] ماله ،

---

(١) في الأصل : غلامه .　　(٢) في الأصل : أجاب .　　(٣) سقط في ط .

ونفسه من سيده بمال يكتسبه ،، فموضعُ الخلاف : إنما هو هل يجوز أن يَشْتَرِيَ نفسه من سيده بمال حَالٍّ ليس هو بيده ؟ فقال الشافعي : هذا الكلام لَغْوٌ ، وليس يلزمُ السيدَ شيءٌ منه .

وقال متأخرو أصحاب مالك : قد لَزِمَتِ الكتابةُ للسَّيد ، ويرفعه العبد إلى الحاكم ، فينجم عليه المال بحسب حال العبد .

وعمدة المالكية : أن السيدَ قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شَرْطاً يتعذر غالباً ، فَصَحَّ العقدُ ، وبَطَلَ الشرطُ ،، وعمدة الشافعي : أن الشَّرْطَ الْفَاسِدَ يعود ببُطْلان أصل العقد ، كمن بَاعَ جَارِيَتَهُ ، واشترط ألا يَطَأَهَا ؛ وذلك أنه إذَا لَم يكن له مَالٌ حاضر أَدَّى إلى عجزه ؛ وذلك ضد مقصود الكتابة ، وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابةَ من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضِدَّ هذا الركن بَطَلَ الشرطُ ، وصح العقد ،، واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : قد كاتبتك على أَلْفِ درهم، فإذا أَدَّيْتَهَا فأنت حُرٌّ أنه إذا أداها فهو حرًا.

إِذَا قَالَ السَّيِّدُ : قد كاتبتك على ألف درهم ، ولم يذكر الحرية : واختلفوا إذا قال له : قد كاتبتكَ على ألف درهم وسكت ، هل يكُونُ حُرا دون أن يقول له : فإذا أديتها فأنت حر؟ فقال مالك ، وأبو حنيفة : هو حر ؛ لأن اسم الكتابة لَفْظٌ شَرْعِيٌّ ، فهو يتضمنُ جميعَ أحكامه ،، وقال قوم : لا يكون حُرا حتى يصرح بلفظ الأداء ،، واختلف في ذلك قولُ الشافعي .

[إِذَا قَالَ السَّيِّدُ : أنت حر ، وعليك أَلْف دينار]

ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ، ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر ، وعليك ألف دينار ، [فاختلف المذهب في ذلك] (١) : فقال مالك : يلزمه وهو حُرٌّ ،، وقال ابن القاسم : هو حر ، ولا يلزمه .

[إِذَا قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ كذا]

وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار : فاختلف المذهب في ذلك : فقال مالك : هو حر ، والمال عليه كَغَرِيم من الغرماء ،، وقيل : العبدُ بالخيارِ ، فإن اختارَ الحريةَ لَزِمَهُ المالُ ، ونفذت الحرية ، وإلا بقي عبداً ،، وقيل : إِنْ قَبِلَ كانت كتابةً ، يَعْـتِقُ إذا أَدَّى ،، والقولان لابن القاسم (٢) .

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) قال ابن قدامة : إذا قال لعبده أنت حر ، وعليك ألف عتق ولا شيء عليه ؛لأنه أعتقه بغير شرط=

[عَلَى مَن تجُوزُ الكتابةُ عنْدَ مَالك ؟]

وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوزُ عندَه الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال في النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعني : كتابة مثْله في الزمان والثمن ، ومن هنا قيل : إنه تجوز عندخ الكتابة الحالة .

[هَلْ مِن شَرْطِ الْكتَابَة أَنْ يَضعَ السيدُ شيئاً من آخر الأَنْجُم ؟]

واختلف هل من شرط هذا العقد أن يَضَعَ السيدُ من آخر أنجم الكتابة شيئاً عن المكاتب(١) ؟ لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ وَآتُوهُمْ مِّن مَّالِ الله الَّذي آتَاكُمْ ﴾ [النور : ٣٣] ؛ وذلك أن بَعْضَهُمْ رأى أن السَّادَةَ هم المخاطبون بهذه الآية ، ورأى بعضهم أنهم جَمَاعَةُ المسلمين نُدِبُوا لعون المكاتبين (٢) والذين رأوا ذلك اختلفوا :هل

= وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر ابن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم قال : جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ، قال : لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدى إليه ألف درهم ، فإن لم يؤد فلا شيء وإن قال : أنت حر على ألف ، فكذلك فى أحدى الروايتين ؛ لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البد فأشبه قوله وعليك ألف .

ينظر : المغنى : (٩/ ٣٨١) .

(١) فى الأصل : العبد .

(٢) اختلفوا فى المخاطب بقوله : ﴿ وآتوهم ﴾ على وجوه : أحدها : أنه هو المولى يحط عنه جزءاً من مال الكتابة ، أو يدفع إليه جزءاً مما أخذ منه ، وهؤلاء اختلفوا فى قدره : فمنهم من جعل الخيار له وقال : يجب أن يحط قدراً يقع به الاستغناء ؛ وذلك يختلف بكثرة المال وقلته ، ومنهم من قال : يحط ربع المال ، روى عطاء بن السائب عن أبى عبد الرحمن أنه كاتب غلاماً له فترك له ربع مكاتبته، وقال : إن علياً كان يأمرنا بذلك ، ويقول هو قول الله تعالى : ﴿ وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ﴾ فإن لم يفعل فالسبع ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كاتب عبداً له بخمس وثلاثين ألفًا ووضع عنه خمسة آلاف ، ويروى أن عمر كاتب عبداً له فجاء بنجمه ، فقال له : اذهب فاستعن به على أداء مال الكتابة ، فقال المكاتب : لو تركته إلى آخر نجم ؟ فقال : إنى أخاف أن لا أدرك ذلك، ثم سهمهم الذى جعله الله لهم من الصدقات فى قوله ﴿ وفى الرقاب ﴾ [البقرة : ١٧٧] . وعلى هذا فالخطاب لغير السادة وهو قول الحسن والنخعى ، ورواية عطاء عن ابن عباس ، وأجمعوا على أنه لا يجوز للسيد أن يدفع صدقته المفروضة إلى مكاتب نفسه . وثالثها : أن هذا أمر من الله تعالى للسادة والناس أن يعينوا المكاتب على كتابته بما يمكنهم ، وهذا قول الكلبى ، وعكرمة ، والمقاتلين ، والنخعى وقال عليه الصلاة والسلام : « من أعان مكاتباً على فك رقبته أظله الله تعالى فى ظل عرشه » وروى أن رجلاً قال للنبى ﷺ : علمنى عملاً يدخلنى الجنة قال : « لئن كنت أقصرت الخطبة لقد أعظمت المسألة ، أعتق النسمة وفك الرقبة ، فقال : أليسا واحداً ؟ فقال : لا ، عتق النسمة أن تنفرد بعتقها ، وفك الرقبة أن تعين فى ثمنها » قالوا : ويؤكد هذا القول وجوه : أحدها : أنه أمر بإعطائه من مال الله تعالى ، وما أطلق عليه هذه الإضافة ، فهو ما كان سبيله وصرفه فى وجوه القرب . =

ذلك على الْوُجُوبِ أو على الندب ؟.

الْقَدْرُ الْوَاجِبُ فِي مُسَاعَدَةِ الْمُكَاتِبِ : والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب : فقال بعضهم : ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده (١) .

= وثانيها : أن قوله : ﴿ من مال الله الذى آتاكم ﴾ هو الذي قد صح ملكه للمالك ، وأمر بإخراج بعضه ، ومال الكتابة ليس بدين صحيح ؛ لأنه على عبده والمولى لا يثبت له على عبده دين صحيح ، وثالثها : أن ما آتاه الله ، فهو الذى يحصل فى يده ويمكنه التصرف فيه ، وما سقط عقيب العقد لم يحصل له عليه يد ملك ، فلا يستحق الصفة بأنه من مال الله الذي آتاه . فإن قيل : هنا وجهان يقدحان فى صحة هذا التأويل ؛ أحدهما : أنه كيف يحل لمولاه إذا كان غنياً أن يأخذ من مال الصدقة. والثانى : أن قوله : ﴿ وآتوهم ﴾ معطوف على قوله : ﴿ فكاتبوهم ﴾ فيجب أن يكون المخاطب فى الموضعين واحداً ، وعلى هذا التأويل يكون المخاطب فى الآية الأولى السادات ، وفى الثانى سائر المسلمين . قلنا : أما الأول فجوابه أن تلك الصدقة تحل لمولاه وكذلك إذا لم تقف الصدقة بجميع النجوم وعجز عن آداء الباقى كان للمولى ما أخذه ؛ لأنه لم يأخذه بسبب الصدقة ، ولكن بسبب عقد الكتابة ؛ كمن اشترى الصدقة من الفقير أو ورثها منه . يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث بريرة : « هو لها صدقة ولنا هدية » . والجواب عن الثانى : أنه قد يصح الخطاب لقوم ثم يعطف عليه بمثل لفظه خطاباً لغيرهم ، كقوله تعالى ﴿ إذا طلقتم النساء ﴾ [الطلاق : ١] فالخطاب للأزواج ثم خاطب الأولياء بقوله ﴿ فلا تعضلوهن ﴾ [البقرة : ٢٣٢] وقوله : ﴿ مبرءون مما يقولون﴾ [النور : ٢٦] ، والقائلون غير المبرئين فكذا ههنا قال للسادة ﴿ فكاتبوهم ﴾ وقال لغيرهم ﴿ وآتوهم ﴾ أو قال لهم ولغيرهم .

ينظر : الرازى ٢٣/ ١٩٠ ، ١٩١ .

(٢) قال الشافعى رحمه الله : يجب على المولى إيتاء المكاتب ، وهو أن يحط عنه جزءاً من مال الكتابة ، أو يدفع إليه جزءاً مما أخذ منه ، وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه إنه مندوب إليه لكنه غير واجب ، حجة الشافعى رحمه الله ظاهر قوله : ﴿ وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ﴾ والأمر للوجوب فقيل عليه إن قوله : ﴿ فكاتبوهم ﴾ وقوله : ﴿ وآتوهم ﴾ أمران وردا فى صورة واحدة ، فلِمَ جعلت الأولى ندباً والثانية إيجاباً ؟ وأيضاً فقد ثبت أن قولهم : « وآتوهم » ليس خطاباً مع الموالى ؛ بل مع عامة المسلمين ، حجة أبى حنيفة رحمه الله من حيث السنة والقياس ، أما السنة : فما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد » فلو كان الحط واجباً لسقط عنه بقدره ، وعن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : « جاءتنى بريرة فقالت : يا عائشة إنى قد كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعيتنى ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت عائشة رضى الله عنها : ارجعى إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً ويكون ولاؤك لى فعلت ، فأبوا فذكرت ذلك للنبى ﷺ ، فقال : « لا يمنعك ذلك منها ابتاعى وأعتقى ، فإنما الولاء لمن أعتق » وجه الاستدلال أنها ما قضت من كتابتها شيئاً ، وأرادت عائشة أن تؤدى عنها كتابتها بالكلية ، وذكرته لرسول الله ﷺ وترك رسول الله النكر عليها ، ولم يقل إنها تستحق أن يحط عنها بعض كتابتها فثبت قولنا . =

[القَوْلُ فِي المُكَاتَبِ]

وأما المكاتب ففيه مسائل : إحداها : هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع في الكتابة الواحدة أَكْثَر من عَبْدٍ واحد ؟ وهل تجوزُ كتابةُ من يملك في العبد بعضه بغير إذن شريكه؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السَّعْيِ ؟ وهل تجوز كتابةُ من فيه بقية رِقٍّ ؟

[القَوْلُ فِي كِتَابَةِ المُرَاهِقِ]

فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الْحُلُمَ : فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعي إلا للبالغ ،، وعن مالك القولان جميعاً ،، **فعمدة من اشترط البلوغ** : تَشْبِيهُهَا بِسَائِرِ الْعُقُودِ ، **وعمدة من لم يشترطه** : أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك إنما هو القوةُ على السَّعْيِ ؛ وذلك موجودٌ في غير البالغ .

[هَلْ يُجْمَعُ فِي الْكِتَابَةِ الْوَاحِدَةِ أَكْثَرُ مِنْ عَبْدٍ ؟]

وأما هل يجمع (١) **في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد** ؟ فإن العلماءَ اختلفوا في ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بَعْضُهُمْ حُمَلاءَ عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا بِعِتْقِ جميعهم ؟ فيه أيضاً خلاف ، فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور ، على جواز ذلك ، ومنعه قوم ؛ وهو أحد قولي الشافعي ،، وأما هل يَكُونُ بَعْضُهُمْ حُمَلاءَ عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال :

فقالت طائفة : ذلك وَاجِبٌ بمطلق عقد الكتابة ، أعني : حمالة (٢) بعضهم عن بعض؛ وبه قال مالك ، وسفيان .

= وأما القياس : فمن وجهين ؛ الأول : لو كان الإيتاء واجباً لكان وجوبه متعلقاً بالعقد ، فيكون العقد موجباً له ومسقطاً له ، وذلك محال لتنافي الإسقاط والإيجاب .

الثاني : لو كان الحط واجباً لما احتاج إلى أن يضع عنه ، بل كان يسقط القدر المستحق كمن له على إنسان دين ، ثم حصل لذلك الآخر على الأول مثله فإنه يصير قصاصاً ، ولو كان كذلك لكان قدر الإيتاء إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً ، فإن كان معلوماً وجب أن تكون الكتابة بألفين ، فيعتق إذا أدى ثلاثة آلاف والكتابة أربعة آلاف ؛ وذلك باطل ؛ لأن أداء جميعها مشروط ، فلا يعتق بأداء بعضها ، ولأنه عليه السلام قال : « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » ، وإن كان مجهولاً صارت الكتابة مجهولة ؛ لأن الباقى بعد الحط مجهول ، فيصير بمنزلة من كاتب عبده على ألف درهم إلا شيئاً، وذلك غير جائز .

ينظر : الرازى : ١٩١/٢٣ .

(١) فى الأصل : يجوز .   (٢) فى الأصل : جماعة .

وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ، ويلزم بالشرط ؛ وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه .

وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لا بالشرط ، ولا بمطلق الْعَقْدِ ، ويعتق كل واحد منهم إذا أَدى قدر حصته ،، **فعمدة من منع الشركة** : ما في ذلك من الغرر ؛ لأن قدر ما يلزم واحداً أن ذلك مجهول .

وعمدة من أجازه : أن الغرر اليسير يستخفُّ [١] في الكتابة ؛ لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده ،، وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابةُ واحدةً ، وجب أن يكون حُكْمُهُمْ كحكم الشخص الواحد .

وعمدة الشافعية : أن حمالةَ بعضهم عن بعض لا فَرْقَ بينها ، وبين حمالة الأجنبيَّيْنِ ، [فمن رأى] [٢] أن حمالةَ الأجنبيَّيْنِ في الكتابة لا تجوز ، قال : لا تجوز في هذا الموضع ، وإنما منعوا حمالة الكتابة ؛ لأنه إذا عَجَزَ المكاتبُ لم يكن للحميل شَيْءٌ يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض .

وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب ؛ لأن يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضاً : إن الجمعَ يكون سبباً ؛ لأن يخرج حُرا من لا يقدر من نفسه أن يَسْعَى حتى يخرج حراً ، فهو كما يعود برق [٣] من يقدر على السَّعْيِ ، وكذلك يعودُ بحرية من لا يقدر على السعى .

وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الأجنبي مع [٤] الأجنبي في الحقوق التي تجوز فيه الحمالة ، فألزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضاً لا يجيز حمالة الكتابة .

[هَلْ لأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فِى الْعَبْدِ أَن يُكَاتِبَهُ عَلَى نَصِيبِه دون إذن شريكه ؟]

وأما العبدَ بين الشريكين : فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يُكَاتِبَ على نَصِيبِهِ دون إذن صاحبه ؟ فقال بعضهم : ليس له ذلك ، والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هي بينهم على قَدْرِ حِصَصِهِمْ ،، وقالت طائفة : لا يجوزُ أن يكاتب الرجلُ نصيبه من عبده دون نصيب شَرِيكِهِ .

وفرقت فرقةٌ فقالت : يجوزُ بإذن شريكه ، ولا يَجُوزُ بغير إذن شريكه ،، وبالقول

---

(١) فى الأصل : يستحب .
(٢) سقط فى الأصل .
(٣) فى الأصل : فرق .
(٤) فى الأصل : عن .

الأول قال مالكٌ ، وبالثاني قال ابن أبي ليلى ، وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قَوْلَيْهِ ، وله قولٌ آخَرُ مثل قول مالك .

وعمدةُ مالك : أنه لو جاز [ذلك] (١) لأدَّى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حَظَّهُ منه ، وذلك لا يَجُوز (٢) إلا في تبعيض العتق ،، ومن رأى أن له أن يكاتبه (٣) رأى أنَّ عليه أن يتم عتقه إذا أَدَّى الكتابة إذا كان موسراً ، فاحتجاجُ مالكٍ هنا هو احتجاجٌ بأصل لا يوافقه عليه الْخَصْمُ ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل ألا يوافقه عليه الخصم ، وأما اشتراطُ الإذن فضعيف .

وأبو حنيفة يرى في كيفيةِ أداءِ المالِ للمكاتب إذا كانت الكتابةُ عن إذن شريكه أَنَّ كل ما أَدَّى للشريك الذي كاتبه (٤) يأخذ منه الشريكُ الثاني نصيبه ، وَيَرْجعُ بِالْبَاقِي على العبد ، فيسعى له فيه حتى يُتِمَّ له ما كان كَاتبه عليه ، وهذا فيه بُعْدٌ عن الأول .

[هَلْ تَجُوزُ مكاتبةُ مَنْ لا يقدر على السَّعْيِ؟]

وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعي ؟ : فلا خلاف فيما أعلم بينهم أَنْ من شرط المكاتب أَنْ يكُونَ قويًا على السعي ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً ﴾ (٥) [النور : ٣٣] .

---

(١) سقط فى ط .
(٢) فى الأصل : يكون .
(٣) فى الأصل : يكاتب .
(٤) فى الأصل : كاتب .
(٥) ذكروا فى الخير وجوهاً :
أحدها : ما روى عن النبى ﷺ : « إن علمتم لهم حرفة ، فلا تدعوهم كلا على الناس » .
وثانيها : قال عطاء : الخير المال ، وتلا : ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً ﴾ [البقرة : ١٨٠] أي ترك مالاً ، قال : وبلغنى ذلك عن ابن عباس ، وثالثها : عن ابن سيرين قال: إذا صلى ، وقال النخعى : وفاء وصدقاً ، وقال الحسن : صلاحاً فى الدين ، ورابعها : قال الشافعى رحمه الله : المراد بالخير الأمانة والقوة على الكسب ؛ لأن مقصود الكتابة قلما يحصل إلا بهما ، فإنه ينبغى أن يكون كسوباً يحصل المال ويكون أميناً يصرفه فى نجومه ولا يضيعه ، فإذا فقد الشرطان أو أحدهما لا يستحب أن يكاتبه ، والأقرب أنه لا يجوز حمله على المال لوجهين :
الأول : أن المفهوم من كلام الناس إذا قالوا : فلان فيه خير إنما يريدون به الصلاح فى الدين ، ولو أراد المال لقال : إن علمتم لهم خيراً ؛ لأنه إنما يقال لفلان مال ولا يقال فيه مال .
الثانى : أن العبد لا مال له ، بل المال لسيده ، فالأولى أن يحمل على ما يعود على كتابته بالتمام، وهو الذى ذكره الشافعى رحمه الله ، وهو أن يتمكن من الكسب ويوثق به بحفظ ذلك ؛ لأن كل ذلك مما يعود على كتابته بالتمام ، ودخل فيه تفسير النبى ﷺ الخير ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام فسره بالكسب وهو داخل فى تفسير الشافعى رحمه الله . ينظر : الرازى : (٢٣/ ١٨٩ - ١٩٠) .

[الخَيْرُ الَّذي اشتَرَطهُ الله - تعالى - فِي الْمُكَاتَبِينَ]

وقد اختلفَ العلماءُ : ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً ﴾ ؟ فقال الشافعي : الاكْتِسَابُ ، والأمانة ،، وقال بعضهم : المالَ ، والأمانة.

وقال آخرون : الصلاح والدين ،، وأنكر بعضُ العلماء أن يكاتب من لا حرْفَةَ له مخافة السؤال، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة : « أَنَّهَا كُوتِبَتْ عَلَى أَنْ تَسْأَلَ النَّاسَ »[1].

[كراهةُ مالك كتابةَ الأَمَةِ إذا كانت لا تكتسب]

وكره مالك أن تكاتب الأمة التي لا اكتسابَ لها بصناعة ؛ مَخَافَةَ أن يكون ذلك ذَرِيعَةً إلى الزنا ،، وأجاز مالك كتابةَ الْمُدَبَّرَةِ ، وكل من فيه بقية رِقٍّ إلا أم الولد ؛ إذ ليس له عند مالك أن يَسْتَخْدِمَهَا .

* * *

(١) تقدم .

الْقَوْلُ فِي الْمُكَاتِب

[القولُ فِي الْمُكَاتِب : السيد]

وأما المكاتب : فاتفقوا على أن شرطه أن يكون مالكاً ، صَحِيحَ الملك ، غيرَ محجور عليه ، صحيحَ الجسم ،، واختلفوا : هل للمكاتب أن يكاتب عبده ، أم لا ؟ وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز .

[مُكَاتَبَةُ العبد المأذونِ له في التجارة ، ومن منعها]

ولم يُجِزْ مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة ؛ لأن الكتابة عِتْقٌ ، ولا يجوز له [أن يعتق] (١) .

[مُكَاتَبَةُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بمَاله ، وكِتَابَةُ المريض]

وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدَّيْن بماله ، إلا أن يُجِيزَ الغرماءُ ذلك إذا كان في ثمن كتابته إن بيعت مثل ثمن رقبته ،، وأما كتابةُ المريض : فإنها عنده في الثُّلُث توقف حتى يصح فتجوز ، أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء ، وقد قيل : إنْ حَابَى كان كذلك ، وإن لم يُحَاب سَعَى ، فإن أَدَّى ، وهو في المرض عتق .

[كِتَابَةُ النَّصْرَانِيِّ الْمُسْلِمَ]

وتجوز عنده كتابةُ النصراني للمسلم ، ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده .

فهذه هي مشهوراتُ المسائل التي تتعلق بالأركان ، أعني : المكاتَب ، والمكاتِب والمكاتبة] (٢) . وأما الأحكامُ فكثيرة ، وكذلك الشروطُ التي تجوز فيها من التي لا تجوز ، ويشبه أن تكونَ أجناسُ الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال: متى يُعْتَق المكاتب ؟ ومتى يعجز ، فيُرَقُّ ؟ وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ؟ ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يَدْخُلُ ؟ وتمييز ما بَقِيَ عليه من حَجْرِ الرق مما لم يَبْقَ عليه ؟ فنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس من هذه الأجناس الخمسة .

* * *

---

(١) سقط فى الأصل .
(٢) فى ط : والكتابة .

الْجنسُ الأَوَّلُ :
[مَتَى يَخْرُجُ الْمُكَاتَبُ مِنَ الرِّقِّ ؟]

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أَدَّى جَمِيعَ الكتابة، واختلفوا إذا عَجَزَ عن البعض ، وقد أَدَّى البعض : فقال الجمهور : هو عَبْدٌ ما بَقِيَ من كتابته شيء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض .

وروي عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة :

أحدها : أن المكاتَبَ يُعْتَقُ بنفس الكتابةُ .

والثاني : أنه يُعْتَقَ منه بِقَدْرِ ما أَدَّى .

والثالث : أنه يعتق إن أَدَّى النصف فأكثر .

والرابع : إن أَدَّى الثُّلُثَ ، وإلا فهو عبد .

وعمدة الجمهور : ما خرجه أبو داود عن عمرو (١) بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « **أَيُّمَا عَبْد كَاتَبَ عَلَى مائة أُوقيَّة ، فَأَدَّاهَا إلا عَشْرَة أَوَاق ، فَهُوَ عَبْدٌ** »، **وأَيُّمَا عَبْد كَاتَبَ عَلَى مائة دينَارٍ فَأَدَاهَا إلا عَشَرَةَ ، فَهُوَ عَبْدٌ** » (١١٣٢) .

وعمدةُ مَنْ رَأَى أنه يُعْتَقُ بِنَفْسِ عقْد الْكتَابَة : تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نَفْسَهُ من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أَفْلَسَ من اشتراه منه إلى أَجَلٍ وقد مات ،، وعمدةُ من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أَدَّى ما رواه يحيى بن كثير، عن عكرمة ، عن ابن عباس ؛ أن النبي ﷺ قال : « **يُؤَدِّي الْمُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى**

---

(١) فى الأصل : عمر .

(١١٣٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٤٤) كتاب العتق ، باب : فى المكاتب يؤدى بعض مكاتبته ، حديث (٣٩٢٧) ، والترمذى (٣/ ٥٦٠) ، كتاب البيوع ، باب : المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، حديث (١٢٦٠) ، والنسائى فى « الكبرى » (١٩٧/٣) ، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق ، باب: المكاتب ، حديث (٢٥١٩) ، والدارقطنى (١٢١/٤) ، كتاب المكاتبة ، حديث (١) ، والحاكم (٢١٨/٢) كتاب المكاتب ، والبيهقى (١٠/ ٣٢٣ - ٣٢٤) كتاب المكاتب ، باب : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قال الترمذى : حديث حسن غريب .

وقال الحاكم : صحيح الإسناد ووافقه الذهبى .

دِيَةَ حُرٍّ ، وَبِقَدْرِ مَا رُقَّ مِنْهُ دِيَةَ عَبْدٍ » (١١٣٣) ، ، أخرجه النسائي ، ، والخلاف فيه من قِبَلِ عِكْرِمَةَ ، كما أن الخلافَ في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه رُوِيَ عن صَحِيفَةٍ ، وبهذا القول قال عليٌّ ، أعني : بحديث ابن عباس، وروي عن عُمَرَ بن الخطاب أنه إذا أَدَّى الشَّطْرَ عتق ، وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث ، ، وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صَدَرَ منهم أنه مَحْمُولٌ على أن في ذلك سنة بلغتهم، ، وفي المسألة قول خامس: إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقي غريماً في باقي المال .

وقد قيل : إِنْ أَدَّى الْقِيمَةَ فَهُوَ غَرِيمٌ : وهو قول عائشة ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت، ، والأشهر عن عمر ، وأم سلمة وهو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الأمصار ، ، وذلك أنه صَحَّتِ الرواية في ذلك عنهم صحة لاشك فيها ، روى ذلك مَالِكٌ في « مُوَطَّئِهِ » ، ، وأيضاً فهو أحوط لأموال السادات ؛ولأن المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا أَفْلَسَ المشتري .

(١١٣٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٧٠٦) كتاب الديات ، باب : دية المكاتب ، حديث (٤٥٨٢) ، والنسائى (٨/ ٤٦) كتاب القسامة ، باب : دية المكاتب ، وأحمد (١/ ٩٤) ، والطيالسى (١/ ٢٤٥ - منحة) رقم (١٢٠٩) ، وابن الجارود فى « المنتقى » رقم (٩٨٢) ، والحاكم (٢/ ٢١٨) كتاب المكاتب ، باب : يؤدى المكاتب بقدر ما عتق منه ، والبيهقى (١٠/ ٣٢٦) كتاب المكاتب ، باب : المكاتب يصيب حداً أو ميراثاً .

كلهم من طريق يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما رق منه دية عبد » .

وقال الحاكم : صحيح على شرط البخارى ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

وأخرجه أبو داود (٤/ ٧٠٦) كتاب الديات ، باب : دية المكاتب ، حديث (٤٥٨٢) ، والترمذى (٣/ ٥٦٠) ، كتاب البيوع ، باب : المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، حديث (١٢٥٩) ، والحاكم (٢/ ٢١٨ - ٢١٩) كتاب المكاتب ، باب : يؤدى المكاتب بقدر ما عتق منه ، والبيهقى (١٠/ ٣٢٥) كتاب المكاتب ، باب : المكاتب يصيب حداً أو ميراثاً من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس به .

قال الترمذى : حديث حسن .

وقال أبو داود : ورواه وهيب عن أيوب عن عكرمة عن على عن النبى ﷺ ، وأرسله حماد بن زيد، وإسماعيل عن أيوب عن عكرمة عن النبى ﷺ ، وجعله إسماعيل بن على قول عكرمة . ا هـ .

وقال الترمذى : رواه خالد الحذاء عن عكرمة عن على من قوله .

الْجِنْسُ الثَّانِي :

[مَتَى يُرَقُّ الْمُكَاتَبُ ؟]

وأما متى يرق ؟ : فإنهم اتفقوا على أنه إنما يُرَقُّ إذا عجز إما عن البعض ، وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم .

[هَلْ لِلْعَبْدِ أَنْ يعجز نَفْسه إذا شاء من غير سبب ؟]

واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ : فقال الشافعيُّ : الكتابةُ عقدٌ لازمٌ في حَقِّ العبد ، وهي في حَقِّ السيد غير لازمة .

وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابةُ عقدٌ لازم من الطرفين ، أي : بين العبد والسيد ،، وتحصيل مذهب مالك في ذلك : أن العبدَ والسيد لا يخلو أن يَتَّفِقَا على التعجيز ، أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فإما أن يريدُ السيدُ التعجيزَ ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعني : أنه يُرِيدَ به السيدُ البقاءَ على الكتابة ، ويريد العبدُ التعجيزَ ،، فأما إذا اتفقا على التعجيز، فلا يَخْلُو الأمرُ من قسمين :

أحدهما : أن يكون دَخَلَ في الكتابة ولد ، أو لا يكون ، فإن كان دَخَلَ معه وَلَدٌ في الكتابة ، فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز ، وإن لم يكن له وَلَدٌ ، ففي ذلك روايتان :

إحداهما : أنه لا يجوز إذا كان له مال ؛ وبه قال أَبُو حنيفة .

والأخرى : أنه يجوز له ذلك ،، [فأما إن طلب العبدُ التعجيزَ ، وأبى السيدُ لم يكن ذلك للعبدِ إن كان معه مال ، أو كانت له قُوَّةٌ على السعي] (١) ،، وأما إن أراد السيدُ التعجيز ، وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده إلا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ؛ وذلك بعد أن يثبت السيدُ عند الحاكم أنه لا مال له ، ولا قدرة على الأداء .

[أَدِلَّةُ أَقْوَال الفقهاء فِي هَذَا الموضوع]

ويرجع إلى عمدة أدلتهم في أصل الخلاف في المسألة :

فعمدة الشافعي : ما روى : « **أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ تَقُولُ لَهَا : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَشْتَرِينِي وَتُعْتِقِينِي ،، فَقَالَتْ لَهَا : إِنْ أَرَادَ أَهْلُكِ ،، فجاءَتْ أَهْلَهَا فَبَاعُوهَا ، وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ** » ،، خرجه البخاري .

---

(١) سقط فى الأصل .

وعمدةُ المالكية : تشبيههم الكتابةَ بالعقودِ اللازمة ؛ ولأن حكم العبد [١] في هذا المعنى يَجِبُ أن يكون كَحُكْمِ السيد ؛ وذلك أن العقودَ من شأنِها أن يكونَ اللزومُ فيها ، أو الخيار مُسْتَوِياً في الطَّرَفَيْنِ ، ، وأما أن يَكُونَ لازماً من طرف ، وغير لازم من الطرف الثاني فَخَارِجٌ عن الأصول ، وعَلَّلُوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كانت كتابتها ، لا رقبتها .

والحنفية تقول : لما كان المغلبُ في الكتابة حَقَّ العبد ، وَجَبَ أن يكونَ العقدُ لازماً في حق الآخر المغلب عليه ، وهو السيد ، أصله النكاح ؛ لأنه غيرُ لازِمٍ في حق الزوج؛ لمكان الطلاق الذي بيده ، وهو لازم في حَقِّ الزوجة .

والمالكية تعترض على هذا بأن تقول : إنه عقد لازم فيما وقع به الْعِوَضُ ؛ إذ كان ليس له أن يَسْتَرْجِعَ الصَّدَاقَ .

* * *

الْجِنْسُ الثَّالِثُ

[حُكْمُ الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ قَبلَ تَأْدِيَةِ الكَتابة عن ولد ، أو بدونه]

وأما حكمه إذا مات قبلَ أن يُؤَدِّيَ الكتابة : فاتفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئاً أنه يرق ، واختلفوا إذا مات عن ولد : فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مَالاً فيه وفاءٌ للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالاً ، وكانت لهم قُوَّةٌ على السعي ، بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ، ولا قدرة [٢] على السعي ، رقوا .

[مَنْ يَرِثُ الْمُكَاتَبَ إِذَا بَقِيَ شَيْءٌ بعد مال المكاتَبَة ؟]

وأنه إن فضل عن الكتابة شَيْءٌ من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار [٣] ، وأنه ليس يَرِثُهُ إلا ولده الذين هُمْ في الكتابة معه دُونَ سواهم من وَارِثِيهِ إن كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة .

وقال أبو حنيفة : إنه يَرِثُهُ بعد أَدَاءِ كتابته من المال الذي تَرَكَ جميع أولاده الذين كَاتَبَ عليهم ، أو ولدوا في الكتابة ، وأولاده الأحرار ، وسائر ورثته .

وقال الشافعي : لا يرثه بَنُوهُ الأحرار ، ولا الذين كاتب عليهم ، أو ولدوا في الكتابة، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كَاتَبَ عليهم أن يسعوا من الكتابة في مِقْدَارِ

---

(١) فى الأصل : العقد .   (٢) فى الأصل : قوة   (٣) فى الأصل : الإخوان .

حُظُوظِهِمْ منها ، وتَسْقُطُ حِصَّةُ الأب عنهم ،، وبسقوطِ حِصَّةِ الأب عنهم قال أبو حنيفة، وسائر الكوفيين .

والذين قالوا بسقوطها قال [بعضهم] [١] : تعتبر القيمةُ ؛ وهو قول الشافعي ،، وقيل : بالثمن .

وقيل : حِصَّتُهُ على مقدار الرءوس ، وإنما قال هؤلاء بِسُقُوطِ حصةِ الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم ؛ لا الذين وُلِدُوا له في الكتابة ؛ ولأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تَبَعٌ لأبيهم [٢] ،، وعمدة مالك : أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض، ولذلك من عتق منهم ، أو مات لم تسقط حِصَّتُهُ عن الباقي .

وعمدة الفريق الثاني : أن الكتابة لا تضمن ،، وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في « موطئه » مثل قول الكوفيين.

[عَلَى مَاذَا يَمُوتُ الْمُكَاتَبُ ؟]

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) قال القرطبى فى تفسيره : فى ميراث المكاتب ؛ اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال : فمذهب مالك أن المكاتب إذا هلك وترك مالاً أكثر مما بقى عليه من كتابته ، وله ولد ولدوا فى كتابته، أو كاتب عليهم ، ورثوا ما بقى من المال بعد قضاء كتابته ؛ لأن حكمهم كحكمه ، وعليهم السعى فيما بقى من كتابته لو لم يخلف مالاً ، ولا يعتقون إلا بعتقه ، ولو أدّى عنهم ما رجع بذلك عليهم؛ لأنهم يعتقون عليه ؛ فهم أولى بميراثه ؛ لأنهم مساوون له فى جميع حاله .

والقول الثانى : أنه يؤدّى عنه من ماله جميع كتابته ، وجعل كأنه قد مات حراً ، ويرثه جميع ولده، وسواء فى ذلك من كان حراً قبل موته من ولده ومن كاتب عليهم ، أو ولدوا فى كتابته ؛ لأنهم قد استووا فى الحرية كلهم حين تأدّت عنهم كتابتهم . روى هذا القول عن علىّ وابن مسعود ، ومن التابعين عن عطاء والحسن وطاووس وإبراهيم ؛ وبه قال فقهاء الكوفة سفيان الثورىّ ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والحسن بن صالح بن حىّ ، وإليه ذهب إسحاق .

والقول الثالث : أن المكاتب إذا مات قبل أن يؤدّى جميع كتابته فقد مات عبداً ، وكل ما يخلفه من المال فهو لسيده ، ولا يرثه أحد من أولاده ، لا الأحرار ولا الذين معه فى كتابته ؛ لأنه لما مات قبل أن يؤدى جميع كتابته فقد مات عبداً وماله لسيده ، فلا يصح عتقه بعد موته ؛ لأنه محال أن يعتق عبد بعد موته ، وعلى ولده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى كتابته أن يسعوا فى باقى الكتابة ، ويسقط عنهم منها قدر حصته ، فإن أدّوا عَتَقوا ؛ لأنهم كانوا فيها تَبَعاً لأبيهم ، وإن لم يؤدوا ذلك رقُّوا . هذا قول الشافعى ؛ وبه قال أحمد بن حنبل ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وزيد بن ثابت ، وعمر ابن عبد العزيز ، والزهرى ، وقتادة .

ينظر : القرطبى : (١٢/١٦٨) .

وسبب اختلافهم : ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك : أنه يموت مكاتَباً ، وعند أبي حنيفة : أنه يموت حراً ، وعند الشافعي : أنه يموت عبداً ، وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه .

فعمدة الشافعية : أن العبودية ، والحرية ليس بينهما وَسَطٌ ، وإذا ماتَ المكاتبُ فليس حراً بعد ؛ لأن حريته إنما تجبُ بأداء كتابته ، وهو لم يُؤَدِّهَا بعد ، فقد بَقِيَ أنه مَاتَ عبداً ؛ لأنه لا يصح أن يُعْتَقَ الميت ،، وعمدة الحنفية : أن العتق قد وَقَعَ بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه ؛ لأنه ليس له أن يَرِقَّ نَفْسَهُ ، والحريةُ يجب أن تكون حَاصِلَةً له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد ،، وأما مالك : فَجَعَلَ مَوْتَهُ على حالة متوسطة بين العبودية ، والحرية ، وهي الكتابة ، فمن حيث لم يُوَرِّثْ أَوْلادُهُ الأحرارُ منه جعل له حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حُكِمَ له بحكم الأحرار ،، والمسألة في حَدِّ الاجتهاد .

[أَمُّ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ]

ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب ، وترك بنين لا يقدرون على السعي ، وأرادت الأم أن تسعى عليهم : فقال مالك : لها ذلك .

وقال الشافعي ، والكوفيون : ليس لها ذلك .

وعمدتهم : أَنَّ أم الولد - إذا مات المكاتب - مالٌ من مال السيد .

وأما مالك : فيرى أن حرمة الكتابة التي لسيدها صَائِرَةٌ إليها ، وإلى بنيها ، ولم يختلف قول مالك أن الْمُكَاتَبَ إذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السَّعْيَ ، وترك أم ولد لا تستطيع السعي أنها تُبَاعُ ، ويؤدي منها باقي الكتابة .

وعند أبي يوسف ، ومحمد بن الحسن : أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبي حنيفة ، والشافعي .

واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتَبُ ، إذا مات المكاتب وترك بنين وَوَفَاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟

فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت ، وإلا رُقَّتْ .

وقال أشهب : تُعْتَقُ على كل حال ،، وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أَدَاءِ ما عليه من كِتَابَتِه كانوا معه في عقد الكتابة ، أو كانوا وُلِدُوا في الكتابة ، وإنما عليهم السعي ،، وعلى أصل أبي حنيفة يكون حُرا ولا بد،، ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

الْجِنْسُ الرَّابِعُ :

[مَنْ يَدْخُلُ مَعَ الْمُكَاتَبِ فِى عَقْدِ الْكِتَابَةِ ؟]

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل معه في عقد الكتابة ،، واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب إلا بالشرط ؛ لأنه عَبْدٌ آخَرُ لسيده ، وكذلك اتفقوا على دُخُولِ ما ولد له في الكتابة فيها ، واختلفوا في أم الولد على ما تقدم .

[هَلْ يَدْخُلُ مَالُ الْمُكاتَبِ معه فِي الْكِتَابَةِ ؟]

وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد :

فقال مالك : يدخل ماله في الكتابة .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : لا يدخل .

وقال الأوزاعي : يَدْخُلُ بالشَّرْطِ ، أعني : إذا اشترطه المكاتب .

وهذه المسألةُ مبنية على : هل يملك العبد ، أم لا يملك ؟ وعلى هل يتبعه ماله في العتق، أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

* * *

الْجِنْسُ الْخَامِسُ :

[الأشْيَاءُ الْمَحْجُورُ فيهَا عَلَى الْمُكَاتبِ]

وهو النظرُ فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ، وما بقي من أحكام العبد فيه .

فنقول : إنه قد أَجْمَعَ العلماءُ من هذا الباب على أنه ليس للْمُكَاتَبِ أن يَهَبَ من ماله شيئاً له قدر ، ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه مَحْجُورٌ عليه في هذه الأمور ، وأشباهها ، أعني : أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض .

[إِذَا لَمْ يَعْلَمِ السيِّدُ بِهبته ، أو عتقه إلا بعد أَدَاءِ الْكِتَابَةِ]

واختلفوا من هذا الباب في فروع :

منها : أنه إذا لم يعلم السيد بهبته ، أو بعتقه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك ، وجماعة من العلماء : إن ذلك نافذ ،، ومنعه بعضهم .

وعمدة من منعه : أن ذلك وَقَعَ في حالةٍ لا يجوز وُقُوعُهُ فيها ، فكان فاسداً .

وعمدة من أجازه : أن السببَ المانعَ من ذلك قد ارتفع ، وهو مخافة أن يعجز العبد.

وسبب اختلافهم : هل إذنُ السيد من شرط لزوم العقد ، أو من شرط صحته ؟ فمن قال : من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ،، ومن قال : من شرط لزومه ، قال : يجوز إذا عتق ؛ لأنه وقع عقداً صحيحاً ، فلما ارتفع الإذنُ المرتقَبُ فيه صَحَّ العقد كما لو أذن ،، هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أَذنَ السيدُ .

[مَنْ أَجَازَ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ وَمَنْ لَمْ يُجِزْ]

فإن الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عِتْقُهُ إذا لم يأذن السيد.

فقال قوم : ذلك جائز ،، وقال قوم : لا يجوز ؛ وبه قال أبو حنيفة ،، وبالجواز قال مالك .

وعن الشافعي في ذلك القولان [جميعاً] (١) .

[وَلاءُ المعتق لمن يكون ؟]

والذين أجازوا ذلك اختلفوا في وَلاءِ الْمُعْتَقِ لمن يكون؟ فقال مالك :إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات ، وقد عتق المكاتب كان وَلاؤُهُ له ،، وقال قوم من هؤلاء : بل وَلاؤُهُ على كل حال لسيده .

[عُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزِ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ]

وعمدة من لم يجز عتق المكاتب : أن الولاء يكون للمعتق لقوله - عليه الصلاة والسلام- : « **إنما الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ** » (٢) ، ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته ، فلم يصح عتقه .

وعمدَةُ مَنْ رَأَي أن الولاءَ للسيد : أن عَبْدَ عَبْدِهِ بِمنزلة عَبْدِهِ ،، ومن فرق بين ذلك فهو استحسان .

[هَلْ لِلمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ ، أَوْ يُسَافِرَ بِغَيْرِ إذنِ سَيِّدِه ؟]

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح (٣) **، أو يسافر بغير إذن سيده ؟** فقال جمهورهم : ليس له أن يَنْكِحَ إلا بإذن سيده ، وأباح بَعْضُهُمُ النِّكَاحَ له ،، وأما السفرُ فأباحه له جمهورهم، ومنعه بَعْضُهُمْ ؛ وبه قال مالك، وأباحه سحنون من أصحاب

---

(١) سقط فى الأصل . (٢) تقدم . (٣) فى ط : المكاتب .

مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجازه ابن القاسم في السفر القريب،، والعلة في منع النكاح [أنه يخاف] (١) أن يكون ذلك ذَرِيعَةً إلى عَجْزِهِ . والعلةُ في جَوَازِ السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته ،، وبالجملة : فللعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : أن للمكاتبِ أن يسافر بإذن سيده ، وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه ألا يسافر ؛ وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي.

والقول الثاني : أنه ليس له أن يُسَافِرَ إلا بإذن سيده ؛ وبه قال مالك ،، **والثالث**: أن بمطلق عَقْدِ الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده ألا يسافر ؛ وبه قال أحمد ، والثوري ، وغيرهما .

[هَلْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتبَ عَبْداً له ؟]

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكَاتب أن يُكَاتِبَ عبداً له ؟ فأجاز ذلك مالكٌ ما لم يرد به المحاباة ؛ وبه قال أبو حنيفة ، والثوري .

وللشافعي قولان :

أحدهما : إثبات الكتابة ،، والآخر : إبطالها .

وعمدة الجماعة : أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح ، فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء .

وعمدة الشافعية : أن الولاءَ لمن أعتق ، ولا ولاء للمكاتب ؛ لأنه ليس بِحُرٍّ .

واتفقوا على أنه لا يَجُوزُ للسيد انتزاعُ شَيْءٍ من ماله ، ولا الانتفاع منه بشيء .

[وَطْءُ السَّيِّدِ أَمَتَهُ الْمُكَاتَبَةَ]

واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة : فصار الجمهور إلى منع ذلك .

وقال أحمد ، وداود ، وسعيد بن المسيب من التابعين : ذلك جائز إذا اشترطه عليها (٢) .

وعمدة الجمهور : أنه وَطْءٌ تقع الْفُرْقَةُ فيه إلى أَجَلٍ آتٍ ، فَأَشْبَهَ النكاحَ إلى أَجَلٍ .

---

(١) سقط فى الأصل .

(٢) فإن وطئ المولى مكاتبته ، لم يجب عليه الحد ، وعزر .

وحكى عن الحسن البصرى أنه قال : يجب عليه الحد ، فإن شرط على المكاتبة أن يطأها ، فسدت الكتابة .

=

- وعمدة الفريق الثاني : تشبيهها بالمدبَّرَةِ ، وأجمعوا [١] على أنها إن عَجَزَتْ حَلَّ وَطْؤُهَا .

[مَنْ منَعَ وَطْءَ المُكَاتَبَةِ ، وهل عَلَى سيدها الحَدُّ إن فعل ؟، وهل لها الصداق ؟]

واختلف الذين منعوا ذلك إذا وَطِئَهَا ، هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لا حد عليه ؛ لأنه وطء بشبهة .

وقال بعضهم : عليه الحدُّ ، واختلفوا في إيجاب الصَّدَاقِ لها ،، والعلماء - فيما أعلم - على أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل : الطلاق ، والشهادة ، والحد،، وغير ذلك مما يختص به العبيد [٢] .

[هَلْ يُبَاعُ المُكَاتَبُ ؟]

ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه : فقال الجمهور : لا يُبَاعُ المكاتَبُ إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه .

وقال بعضهم : بيعه جائز ما لم يؤد شيئاً من كتابته ؛ لأن بريرة بِيعَتْ ، ولم تكن أَدَّتْ من كتابتها شيئاً ،، وقال بعضهم ، إذا رَضِيَ المكاتَبُ بالبيع جاز ، وهو قول الشافعي ؛ لأن الكتابة عنده ليست بِعَقْد لازمٍ في حَقِّ العَبْدِ ، واحتج بحديث بريرة ؛ إذ بيعت ، وهي مكاتبة ،، وعمدة من لم يُجِزْ بَيْعَ المكاتب : ما في ذلك من نَقْضِ العهد، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسألة مبنية على هل الكتابة عقد لازم ،أم لا ؟

[بيع المكاتبة]

واختلفوا [٣] في بيع المكاتبة : فقال الشافعي، وأبو حنيفة: لا يجوز ذلك، وأجازها مالك ، ورأى الشُّفْعَةَ فيها للمكاتب ،، ومن أجاز ذلك شَبَّهَ بيعها ببيع الدَّيْن

= وحكى عن مالك أنه قال : يفسد الشرط ، ويصح العقد .

وقال أحمد : يصح العقد والشرط جميعاً ، ويجب على المولى المهر بوطئها .

ونقل المزنى : أنه إن أكرهها ، وجب عليه المهر .

فمن أصحابنا : من حمله على ظاهره ، وقال : إذا طاوعته لا مهر عليه .

ومنهم من قال : يجب عليه المهر ، مكرهة كانت ، أو مطاوعة ، وقد نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم .

وحكى عن مالك أنه قال : لا يجب عليه المهر .

ينظر : حلية العلماء : ٢١١/٦ - ٢١٢ .

(١) فى الأصل : واختلفوا . (٢) فى الأصل : العيد .

(٣) فى الأصل : وكذلك اختلفوا .

ومن لم يجز ذلك ، رآه من باب الْغَرَرِ ،، وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدَّيْنِ، وفي ذلك أثر عن النبي ﷺ ، أعني : في الشفعة في الدَّيْنِ [١] .

ومذهب مالك في بيع الكتابة : أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بِعَرْضٍ مُعَجَّلٍ لا مُؤَجَّلٍ، لما يدخل في ذلك من الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وإن كانت الكتابةُ بعرض كان شِرَاؤُها بذهب ، أو فضة مُعَجّلين ، أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق فَوَلاؤُهُ للمكاتب لا للمشتري ،، ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر عبده على الكتابة ،أم لا ؟

[شَرْطُ الْكِتَابَة]

وأما شروط الكتابة : فمنها شرعيةٌ ، هي من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ،، ومنها : شروط بِحَسَبِ التَّرَاضِي ، وهذه شروط منها ما يفسد [٢] العقد ، ومنها : ما إذا تمسك بها أفسدت العقد ، وإذا تركت صَحَّ العقدُ ، ومنها : شُرُوطٌ جائزةٌ غير لازمَةٍ .

ومنها : شروطٌ [جائزة] [٣] لازمة ، وهذه كلها هي مبسوطة في كُتُبِ الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول .

[الشُّرُوطُ الَّتي تُفْسدُ الْعَقْدَ بالْجُمْلَة]

والشروط التي تفسد العقد بالجملة : هي الشروطُ التي هي ضِدُّ شروط الصِّحَّة المشروعة في العقد ، والشروط الجائزة هي التي لا تُؤَدِّي إلى إخْلال بالشروط المصحِّحَة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يَخْتَلفُونَ في الشروط ؛ لاختلافهم فيما هو منها شَرْطٌ من شُرُوط الصحة ، أو ليس منها ، وهذا يختلف بِحَسَبِ الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ من إخلالها بِشُرُوط الصِّحَّة ؛ ولذلك جعل مالك جنساً [٤] ثالثاً من الشروط ، وهي الشروطُ التي إن تَمَسَّكَ بها المشترطُ فَسَدَ العقدُ ؛ وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية .

[إذَا اشترطَ في الْكِتَابَة شَرْطاً من خدْمَة ، ونحوها]

فمن مسائلهم المشهورة في هذا البَابَ إذا اشترط في الكتَابة شرطاً من خدمة ، أو سفر ، أو نحوه ، وَقَوِيَ على أَدَاء نجومه قبل مَحلِّ أَجَلِ الكتابة ، هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك ، وجماعة : ذلك الشرطُ بَاطلٌ ، ويعتق إذا أدى جَمِيعَ المال .

---

(١) تقدم .
(٢) فى الأصل : يفيد .
(٣) سقط فى ط .
(٤) فى الأصل : شرطاً .

وقالت طائفة : لا يعتق حتى يُؤَدِّيَ جميعَ المال ، ويأتي بذلك الشَّرْط ؛ وهو مروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أعتق رَقِيقَ الإمارة ، وشرط عليهم أن يَخْدُمُوا الخليفة بعد ثلاث سنين [١] .

ولم يختلفوا أن العبد إذا أَعْتَقَهُ سيده على أن يَخْدُمَهُ سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة [تلك السنين] [٢] ، ولذلك القياسَ قول من قال : إن الشَّرْطَ لازم ،، فهذه المسائلُ الواقعةُ المشهورةُ في أصول هذا الكتاب .

وههنا مسائل تذكر في هذا الكتاب ، وهي من كتب أخرى ؛ وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذُكِرَتْ على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أُصُولٌ ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب [٣] .

[إِذَا زَوَّجَ السيدُ بِنْتَهُ من مُكَاتَبِه ، ثم مات السيد ، وَوَرِثَتْهُ البِنْتُ]

فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت :

فقال مالك ، والشافعي : ينفسخ النكاح ؛ [لأنها ملكت جزءاً منه ، وملك يمين المرأة مُحَرَّمٌ عليها بإجماع .

وقال أبو حنيفة : يصح النكاح] [٤] ؛ لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذِمَّةِ المكاتب لا رقبة المكاتب ،، وهذه المسألة هي أحق بكتاب النكاح .

[إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ ، وَعَلَيْه دَيْنٌ ، وبعض الكِتَابَة]

ومن هذا البابِ اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دَيْن [٥] ، وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يحاص الغرماء .

وقال شريح ، وابن أبي ليلى ، وجماعة : يضرب للسيد مع الغرماء .

[إِذَا أَفْلَسَ وَعَلَيْه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ مَا في يَده]

وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دَين يَسْتَغْرِقُ ما بيده ، هل يَتَعدى ذلك إلى رقبته ؟

فقال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة: لا سَبِيلَ لهم إلى رَقَبَتِه .

وقال الثوري ، وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيدُ .

[إِذَا عجزَ عَنْ عَقْلِ جِنَايَتِه]

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٨٠ - ٣٨١) كتاب المكاتب ، باب : الشرط على المكاتب ، حديث (١٥٦١٢) .

(٢) سقط فى الأصل .

(٣) فى الأصل : تلك الكتب .

(٤) سقط فى الأصل .

(٥) فى الأصل : ديون .

واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنايات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يُحَاص سَيِّدُهُ الغرماءَ ، أو لا يحاص هو من « كتاب التفليس » ، والقول في جنايته هو من باب « الجنايات » .

[إِذَا اخْتَلَفَ السيدُ والعبدُ فِي مَالِ الكِتَابَةِ]

ومن مسائل الأقضية التي هي فُرُوعٌ في هذا الباب ، وأصلٌ في باب الأقضية – اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة [١] : فقال مالك ، وأبو حنيفة : القول قول المكاتب .

وقال الشافعي ، ومحمد ، وأبو يوسف : يتحالفان ؛ قياساً على الْمُتَابِعَيْنِ ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه .

وقد بقيت [٢] له من هذا الباب مَسَائِلُ مشهورةُ الخلاف بين فقهاء الأمصار، وهي قريبةٌ من المسموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضع ؛ إذ كان القصدُ إنما هو إثباتُ المسائل المشهورة التي وَقَعَ الخلافُ فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع ؛ [وذلك أن قَصْدَنَا في هذا الكتاب – كما قلنا – غير مرة ، إنما هو أن تُثْبَتَ المسائلُ المنطوقُ بها في الشَّرْعِ المتفقُ عليها ، والمختلفُ فيها] [٣] ، ونذكر من المسائلِ المسكوتِ عنها التي شهر الخلافُ فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الأصولِ في المسكوتِ عنها ، وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين [٤] فقهاء الأمصارِ ، سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم ، أو لم ينقل.

ويشبه أن يكون من تَدَرَّبَ في هذه المسائل ، وَفَهِمَ أُصُولَ الأسباب التي أَوْجَبَت خلافَ الفقهاء فيها ، [أعني] [٥] : أن يقول ما يجب في نَازِلَةٍ من النَّوَازِلِ ، أعني : أن يكون الجوابُ فيها على مَذْهَبِ فَقِيهٍ فَقِيهٍ من فقهاء الأمصارِ ، أعني : في المسألة الواحدة بعينها ، ويعلم حَيْثُ خَالَفَ ذلكَ الفقيه أصله ، وحيث لم يخالف ؛ وذلك إذا نُقِلَ عنه في ذلك فتوى ، فأما إذا لم يُنْقَلْ عنه في ذلك فَتْوَى ، أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول ؛ فيمكنه أن يأتي بالجواب بِحَسَبِ أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه ، وبحسب الحق الذي يُؤَدِّيهِ إليه اجْتِهادُهُ .

---

(١) فى الأصل : المكاتبة .   (٢) فى ط : ومن وقعت .
(٣) سقط فى الأصل .   (٤) فى الأصل : من .   (٥) سقط فى ط .

ونحن نروم - إن شاء الله - بعد فراغنا من هذا الكتاب ، أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه ، ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مَجْرَى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في « المدونة » ، فإنه جَاوَبَ فيما لم يكن عنده فيها قَوْلُ مالكٍ على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مَسَائِلِ مالكٍ التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جُبِلَ عليه النَّاسُ من الاتِّبَاعِ ، والتقليد في الأحكام ، والفتوى ، [بيد أن] [1] في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان - كما قلنا - رُتْبَةَ الاجتهادِ إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية ، وعلم من أُصُولِ الْفِقْهِ ما يكفيه في ذلك ، ولذلك رأينا أن أَخَصَّ الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

« بداية المجتهد وكفاية [2] المقتصد » .

* * *

تم الجزء الخامس بحمد الله
ويليه الجزء السادس إن شاء الله
وأوله « كتاب التدبير »

---

(١) فى الأصل : وهو بيِّن .　　　　(٢) فى الأصل : ونهاية .

فهرس الجزء الخامس

الصفحة

* * *